



COUR DE CASSATION

**RAPPORT DE M. CHIRON,
CONSEILLER RÉFÉRENDIAIRE**

Arrêt n° 137 du 24 janvier 2024 (B) – Chambre sociale (QPC)

Pourvoi n° 23-17.886

**Décision attaquée : Cour d'appel de Montpellier du 30 novembre
2022**

Mme [U] [W]

C/

la société Réside études seniors

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [W] a été engagée en qualité d'agent technique et d'entretien le 14 février 2012 par la société L'Yser, aux droits de laquelle vient la société Reside études seniors.

Par avenant du 18 janvier 2021, la salariée a été affectée à la résidence pour personnes âgées [2] à [Localité 1].

L'employeur a notifié le 5 octobre 2021 à la salariée la suspension de son contrat de travail avec suspension de sa rémunération à la suite du refus de présentation d'un « passe sanitaire » le même jour.

La salariée contestant cette mesure a saisi la juridiction prud'homale, statuant en référé, d'une demande de réintégration et de reprise du paiement des salaires.

Par ordonnance du 9 juin 2022, le conseil de prud'hommes de Sète, statuant en référé, a :

- déclaré la salariée recevable et bien fondé en toutes ses demandes, fins et conclusions ;

- dit que la suspension de contrat litigieuse corroborée d'une suspension de salaire s'analysait en une sanction pécuniaire prohibée ,

- dit que la suspension du contrat de travail à compter du 05 octobre 2021 de la salariée et l'interruption concomitante du versement de sa rémunération constituent une discrimination prohibée au sens de l'article L. 1132-2 du Code du travail

- dit que l'employeur en demandant à la salariée de produire un justificatif de son statut vaccinal a violé le libre consentement éclairé dont elle disposait pour choisir ou non de se vacciner ;

- ordonné la réintégration sans délai de la salariée dans sa fonction;

- condamné l'employeur à reprendre le versement du salaire de la salariée à hauteur de 1788.11 euros bruts, sous astreinte de 30 euros par jour de retard à compter du trentième jour de la notification de la présente décision ;

- condamné l'employeur à verser à la salariée la somme de 8 940.55 euros bruts à titre de rappel de salaires pour la période du 05 octobre 2021 au 05 mars 2022, ainsi que la somme de 849.05 euros bruts au titre des congés payés y afférents, sous astreinte de 30 euros par jour de retard à compter du trentième jour de la notification de la présente décision ;

- condamné l'employeur à verser à la salariée la somme de 1200 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

- débouté l'employeur de ses demandes

- condamné l'employeur aux entiers dépens.

Par l'arrêt attaqué du 30 novembre 2022, la cour d'appel de Montpellier a dit n'y avoir lieu à transmettre à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité posée par la salariée, infirmé l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions, et statuant à nouveau, a :

- débouté la salariée de l'ensemble de ses demandes.

- dit que les sommes que la salariée devra rembourser produiront intérêts au taux légal à compter du présent arrêt.

- dit que les intérêts seront capitalisés pour autant qu'ils soient dus pour une année entière.

- débouté les parties de leurs demandes relatives aux frais irrépétibles de première instance et d'appel.

- condamné la salariée aux dépens de première instance et d'appel.

2 - Analyse succincte de la question de constitutionnalité

Par mémoire distinct, la demanderesse au pourvoi sollicite le renvoi au conseil constitutionnel des onze questions préalables de constitutionnalité, incidentes au pourvoi, suivantes :

1°/ L'article 14, II de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, *en ce qu'il dispose qu'un salarié soumis à vaccination obligatoire qui n'a pas satisfait à cette obligation, à défaut de présenter un certificat médical de contre-indication ou un certificat de rétablissement, se voit interdit d'exercer son emploi et que la suspension de son contrat de travail s'accompagne de l'interruption du versement de sa rémunération*, **porte-t-il atteinte au principe de sécurité juridique, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? ;**

2°/ L'article 14, II de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, *en ce qu'il dispose qu'un salarié soumis à vaccination obligatoire qui n'a pas satisfait à cette obligation, à défaut de présenter un certificat médical de contre-indication ou un certificat de rétablissement, se voit interdit d'exercer son emploi et que la suspension de son contrat de travail s'accompagne de l'interruption du versement de sa rémunération*, **porte-t-il atteinte au principe d'égalité devant la loi, garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? ;**

3°/ L'article 14, II de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, *en ce qu'il dispose qu'un salarié soumis à vaccination obligatoire qui n'a pas satisfait à cette obligation, à défaut de présenter un certificat médical de contre-indication ou un certificat de rétablissement, se voit interdit d'exercer son emploi et que la suspension de son contrat de travail s'accompagne de l'interruption du versement de sa rémunération*, **porte-t-il atteinte au droit à l'emploi, garanti par l'alinéa 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ? ;**

4°/ L'article 14, II de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, *en ce qu'il dispose qu'un salarié soumis à vaccination obligatoire qui n'a pas satisfait à cette obligation, à défaut de présenter un certificat médical de contre-indication ou un certificat de rétablissement, se voit interdit d'exercer son emploi et que la suspension de son contrat de travail s'accompagne de l'interruption du versement de sa rémunération*, **porte-t-il atteinte au droit à la dignité de la personne humaine, garanti par l'alinéa 1^{er} du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ? ;**

5°/ L'article 14, II de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, *en ce qu'il dispose qu'un salarié soumis à vaccination obligatoire qui n'a pas satisfait à cette obligation, à défaut de présenter un certificat médical de contre-indication ou un certificat de rétablissement, se voit interdit d'exercer son emploi et que la suspension de son contrat de travail s'accompagne de l'interruption du versement de sa rémunération*, **porte-t-il atteinte au droit à la protection de la santé, garanti par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ? ;**

6°/ L'article 14, II de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, *en ce qu'il dispose qu'un salarié soumis à vaccination obligatoire qui n'a pas satisfait à cette obligation, à défaut de présenter un certificat médical de contre-indication ou un certificat de rétablissement, se voit interdit d'exercer son emploi et que la suspension de son contrat de travail s'accompagne de l'interruption du versement de sa rémunération*, **porte-t-il atteinte à la liberté d'opinion, de conscience et de pensée, garantie par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'alinéa 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ? ;**

7°/ L'article 14, II de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, *en ce qu'il dispose qu'un salarié soumis à vaccination obligatoire qui n'a pas satisfait à cette obligation, à défaut de présenter un certificat médical de contre-indication ou un certificat de rétablissement, se voit interdit d'exercer son emploi et que la suspension de son contrat de travail s'accompagne de l'interruption du versement de sa rémunération*, **porte-t-il atteinte à la liberté individuelle, garantie par les articles 1, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? ;**

8°/ L'article 14, II de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, *en ce qu'il dispose qu'un salarié soumis à vaccination obligatoire qui n'a pas satisfait à cette obligation, à défaut de présenter un certificat médical de contre-indication ou un certificat de rétablissement, se voit interdit d'exercer son emploi et que la suspension de son contrat de travail s'accompagne de l'interruption du versement de sa rémunération*, **porte-t-il atteinte au droit de mener une vie familiale normale, garanti par l'alinéa 10 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ? ;**

9°/ L'article 14, II de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, *en ce qu'il dispose qu'un salarié soumis à vaccination obligatoire qui n'a pas satisfait à cette obligation, à défaut de présenter un certificat médical de contre-indication ou un certificat de rétablissement, se voit interdit d'exercer son emploi et que la suspension de son contrat de travail s'accompagne de l'interruption du versement de sa rémunération*, **porte-t-il atteinte au droit de propriété, garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? ;**

10°/ L'article 14, II de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, *en ce qu'il dispose qu'un salarié soumis à vaccination obligatoire qui n'a pas satisfait à cette obligation, à défaut de présenter un certificat médical de contre-indication ou un certificat de rétablissement, se voit interdit d'exercer son emploi et que la suspension de son contrat de travail s'accompagne de l'interruption du versement de sa rémunération*, **porte-t-il atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, garanties par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? ;**

11°/ L'article 14, II de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, *en ce qu'il dispose qu'un salarié soumis à vaccination obligatoire qui n'a pas satisfait à cette obligation, à défaut de présenter un certificat médical de contre-indication ou un certificat de rétablissement, se voit interdit*

d'exercer son emploi et que la suspension de son contrat de travail s'accompagne de l'interruption du versement de sa rémunération, porte-t-il atteinte au principe à valeur constitutionnelle de proportionnalité des peines et des sanctions, garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?

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

- Caractère sérieux des questions posées

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Table des matières

4.1 - Recevabilité des questions	
4.2 - Conditions relatives à la disposition législative contestée	
4.3 - Caractère nouveau ou sérieux des questions	
4.3.1 - Nouveauté des questions.....	
4.3.2 - Caractère sérieux des questions.....	
4.3.2.1 - Présentation de la disposition législative contestée et contexte d'adoption.....	
4.3.2.1.1 - Article 14, II de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.....	
4.3.2.1.2- Contexte d'adoption et objectifs assignés par le législateur	
4.3.2.1.3 - Application des dispositions en cause	
4.3.2.2 - Jurisprudence et doctrine relatives aux principes invoqués par les questions	
4.3.2.2.1 - principe d'égalité devant la loi, garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (deuxième question)	
4.3.2.2.2 - droit à l'emploi, garanti par l'alinéa 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (troisième question).....	
4.3.2.2.3 - droit à la dignité de la personne humaine, garanti par l'alinéa 1 ^{er} du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et droit à la protection de la santé, garanti par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (quatrième et cinquième questions)	
4.3.2.2.4 - liberté individuelle, liberté d'opinion et droit de mener une vie familiale normale	
4.3.2.2.5 - droit de propriété, liberté d'entreprendre, liberté contractuelle et principe de sécurité juridique	
4.3.2.2.6 - principe à valeur constitutionnelle de proportionnalité des peines et des sanctions, garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (onzième question)	

4.1 - Recevabilité des questions

Aux termes de l'article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

L'article 23-5, alinéa 1^{er} de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958, issu de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, est ainsi rédigé:

Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, **à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé**. Il ne peut être relevé d'office.

Selon l'article 126-2 du code de procédure civile,

A peine d'irrecevabilité, la partie qui soutient qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution **présente ce moyen dans un écrit distinct et motivé**, y compris à l'occasion d'un recours contre une décision réglant tout ou partie du litige dans une instance ayant donné lieu à un refus de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité.

Le juge **doit relever d'office l'irrecevabilité du moyen qui n'est pas présenté dans un écrit distinct et motivé**.

Les autres observations des parties sur la question prioritaire de constitutionnalité doivent, si elles sont présentées par écrit, être contenues dans un écrit distinct et motivé. A défaut, elles ne peuvent être jointes à la décision transmettant la question à la Cour de cassation.

Enfin, aux termes de l'article 126-10, alinéa 1^{er} du code de procédure civile, lorsque la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée à l'occasion d'un pourvoi, le **mémoire distinct prévu à l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 porte la mention: "question prioritaire de constitutionnalité"**.

La cour de cassation précise en outre en application de ces textes que pour être recevable, la question doit non seulement préciser la disposition législative critiquée, mentionner à quels droits et libertés garantis par la Constitution elle porte atteinte (Crim., 21 juin 2011, pourvoi n° 11-90.044, Bull. crim. 2011, n° 146, Soc., 19 octobre 2022, pourvoi n° 22-40.014) mais également préciser en quoi elle ne serait pas conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution qu'elle invoque (3e Civ., 4 février 2016, pourvoi n° 15-21.381, Bull. 2016, III, n° 24, Soc., 20 mai 2016, pourvoi n° 16-40.014, Bull. 2016, V, n° 110 , et pour un exemple récent: Soc., 30 mars 2022, pourvoi n° 22-40.001); ainsi une question posée dans les termes très généraux ne permet pas à la Cour de cassation de contrôler son caractère nouveau ou sérieux (Crim., 28 juin 2011, pourvoi n° 11-90.054).

Au cas présent, les onze questions ont été posées dans un mémoire distinct, comportant en tête la mention « questions prioritaires de constitutionnalité », déposé

dans le délai de dépôt du mémoire ampliatif, et motivé par référence à des droits et libertés garantis par la constitution, à savoir:

- le principe de sécurité juridique, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789,
- le principe d'égalité devant la loi, garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789,
- le droit à l'emploi, garanti par l'alinéa 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946,
- le droit à la dignité de la personne humaine, garanti par l'alinéa 1er du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946,
- le droit à la protection de la santé, garanti par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946,
- la liberté d'opinion, de conscience et de pensée, garantie par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'alinéa 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946,
- la liberté individuelle, garantie par les articles 1, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789,
- le droit de mener une vie familiale normale, garanti par l'alinéa 10 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946,
- le droit de propriété, garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789,
- la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, garanties par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789,
- le principe à valeur constitutionnelle de proportionnalité des peines et des sanctions, garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Elles visent en outre la disposition législative dont la constitutionnalité est contestée, à savoir l'article 14, II de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021.

Enfin, tant l'énoncé des questions elles-mêmes que le mémoire ampliatif contiennent l'explication des motifs pour lesquels la constitutionnalité de cette disposition est contestée.

Il appartiendra à notre chambre d'apprécier la recevabilité de chacune des onze questions au regard de ces éléments.

4.2 - Conditions relatives la disposition législative contestée

En son troisième alinéa, l'article 23-5, alinéa 3 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 précité prévoit en outre que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Les conditions prévues aux 1° et 2° de ce dernier article sont ainsi rédigés:

1° La disposition contestée est ***applicable au litige ou à la procédure***, ou constitue le fondement des poursuites ;

2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

Ces conditions sont analysées par la cour de cassation comme des conditions de fond justifiant le défaut de renvoi au conseil constitutionnel et non des conditions de recevabilité de la question.

La cour de cassation considère comme applicables au litige les dispositions en considération desquelles le litige doit être tranché (1^{re} Civ., 5 juillet 2012, pourvoi n° 12-12.356).

En l'espèce, il résulte des mentions de l'arrêt que la salariée sollicitait qu'il soit sursis à la suspension prononcée en application de l'article 14, II de la loi précitée.

En outre, seul l'article 14, I, A de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 a été déclaré conforme dans le dispositif de la décision 2021-824 DC du 5 août 2021. L'article 14, II de la loi, seul visé dans les questions soumises, n'a en outre pas été examiné dans les motifs ni dans le dispositif de cette décision.

Il sera en revanche relevé que plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité transmises par les juridictions du fond ont été déclarées irrecevables par la cour de cassation en raison soit de leur imprécision, soit de l'absence de référence à des droits et libertés garantis par la constitution (notamment des références aux conventions internationales et non au bloc de constitutionnalité):

Soc., 15 décembre 2021, pourvoi n° 21-40.021,
Soc., 15 décembre 2021, pourvoi n° 21-40.023,
Soc., 9 février 2022, pourvoi n° 21-40.027,
Soc., 26 janvier 2022, pourvoi n° 21-40.028
Soc., 26 janvier 2022, pourvoi n° 21-40.029,
Soc., 30 mars 2022, pourvoi n° 22-40.001,
Soc., 13 avril 2022, pourvoi n° 22-40.002,
Soc., 13 avril 2022, pourvoi n° 22-40.003,
Soc., 13 avril 2022, pourvoi n° 22-40.004,
Soc., 19 octobre 2022, pourvoi n° 22-40.014.

A titre d'information, la cour d'appel de Montpellier a refusé la transmission à la cour de cassation de questions prioritaires de constitutionnalité relatives à ces dispositions législatives: Montpellier, 1^e ch. soc., 30 novembre 2022, RG n°22/03238; le Conseil d'Etat a également refusé de transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité relatives à ces textes au Conseil constitutionnel : [Conseil d'État, Chambres réunies, 28 Janvier 2022 – n° 457879](#), [Conseil d'État, 5e chambre, 23 Septembre 2022 – n° 462201](#).

Il appartiendra à notre chambre d'apprécier au regard de ces considérations si les conditions de transmission posées par l'article 23-2, 1° et 2° de l'ordonnance précitée sont réunies.

4.3 – Caractère nouveau ou sérieux des questions

En application de l'article 23-5, alinéa 3 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 précité, le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

4.3.1 - Nouveauté des questions

Dans sa décision [Cons. const., 3 décembre 2009](#), décision n°2009-595 DC, le Conseil constitutionnel a défini comme suit la question nouvelle « *Considérant que la dernière phrase du premier alinéa de l'article 23-4 et la dernière phrase du troisième alinéa de l'article 23-5 prévoient que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité si « la question est nouvelle » ; que le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, **imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application** ; que, dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'État et à la Cour de cassation **d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif** ; que, dès lors, une question prioritaire de constitutionnalité **ne peut être nouvelle au sens de ces dispositions au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel** ; »*

Il y a lieu de relever en l'espèce que le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de faire application de l'ensemble des dispositions constitutionnelles invoquées par les questions (cf. ci-après, point 4.3.2.2). La nouveauté de la question sera évaluée à l'aune de ces observations.

4.3.2 - Caractère sérieux des questions

4.3.2.1 - Présentation de la disposition législative contestée et contexte d'adoption

4.3.2.1.1 - Article 14, II de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire

II. - Lorsque l'employeur constate qu'un salarié ne peut plus exercer son activité en application du I du présent article, il l'informe sans délai des conséquences qu'emporte cette interdiction d'exercer sur son emploi ainsi que des moyens de régulariser sa situation. Le salarié qui fait l'objet d'une interdiction d'exercer peut utiliser, avec l'accord de son employeur, des jours de repos conventionnels ou des jours de congés payés. A défaut, son contrat de travail est suspendu.

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

La dernière phrase du deuxième alinéa du présent II est d'ordre public.

Lorsque le contrat à durée déterminée d'un salarié est suspendu en application du premier alinéa du présent II, le contrat prend fin au terme prévu si ce dernier intervient au cours de la période de suspension.

Ce texte est applicable aux salariés visé à l'article 12 de la même loi, qui soumet à l'obligation vaccinale diverses salariés et agents publics soit à raison de leur emploi dans une catégorie spécifique d'établissements ou services, soit à raison de leur profession, et notamment, en son point 1° les personnes exerçant leur activité dans 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.

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 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.

Il sera relevé que 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.

L'article 14, II de la loi énonce ainsi la sanction applicable aux personnels relevant de l'article 12 n'ayant pas satisfait à leur obligation de vaccination, en prévoyant 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.

Le I B de ce même texte, non visé par les onze questions posées, 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).

4.3.2.1.2- Contexte d'adoption et objectifs assignés par le législateur

L'exposé des motifs du projet de loi restitue le contexte d'adoption de la loi du 5 août 2021, faisant état d'une part de l'insuffisance des mesures « barrière » en vigueur et de la campagne de vaccination pour une sortie durable de la crise sanitaire, d'autre part d'une circulation croissante de nouveau variant créant un risque de rebond épidémique:

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 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*** »

Concernant le caractère conditionnel de l'autorisation de mise sur le marché des vaccins concernés développés avec la technologie de l'ARN messenger, l'avis de l'avocat général James Juan (page 8) dans le dossier ayant donné lieu à l'arrêt Soc.,

5 juillet 2023, pourvoi n° 22-24.712 rappelle que celle-ci a fait l'objet d'une évaluation préalable rigoureuse:

l'OMS indique que « Tous les vaccins contre la COVID-19 qui ont reçu une autorisation de l'OMS pour une utilisation d'urgence ont fait l'objet d'essais méticuleux et ont démontré un haut niveau de protection contre les formes graves de la maladie et les décès.

Certains vaccins contre la COVID-19 ont été développés avec une approche qui utilise l'ARN messager (ARNm). La technologie des vaccins à ARNm est étudiée depuis plus de dix ans, notamment pour le développement de vaccins contre le virus Zika, la rage et la grippe.

L'innocuité de ces vaccins à ARNm a fait l'objet d'une évaluation rigoureuse et les essais cliniques ont montré qu'ils induisent une réponse immunitaire durable. Les vaccins à ARNm ne sont pas des vaccins à virus vivant et n'interfèrent pas avec l'ADN humain. »

S'agissant de l'autorisation de mise sur le marché conditionnelle, l'agence européenne du médicament précise que « celle ci garantit que le vaccin approuvé :

* répond aux normes rigoureuses de l'UE en matière de sécurité, d'efficacité et de qualité

* est fabriqué et contrôlé dans des installations agréées et certifiées conformes à des normes pharmaceutiques élevées compatibles avec une commercialisation à grande échelle.

L'autorisation de mise sur le marché conditionnelle est un outil qui permet aux régulateurs d'approuver un médicament rapidement et de manière pragmatique lorsqu'il existe un besoin urgent.

Une autorisation de mise sur le marché conditionnelle est différente d'une autorisation d'utilisation d'urgence, que certains pays utilisent pour autoriser l'utilisation temporaire d'un médicament non autorisé dans une situation d'urgence. Une autorisation d'utilisation d'urgence n'est pas une autorisation de mise sur le marché.

La législation de l'UE prévoit que l'autorisation de mise sur le marché conditionnelle est utilisée comme procédure d'autorisation accélérée en cas d'urgence de santé publique afin d'accélérer l'approbation et de sauver des vies.

C'est l'outil le plus approprié pour accorder l'accès à un vaccin à tous les citoyens de l'UE en même temps et pour soutenir les campagnes de vaccination de masse. ([Vaccins contre la COVID-19 : développement, évaluation, approbation et suivi | Agence européenne des médicaments \(europa.eu\)](#) »

4.3.2.1.3 - Application des dispositions en cause

Les juridictions administratives¹, interprétant ces dispositions en ce qu'elles visent les agents publics, ont retenu :

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

- que des notes d'une directrice générale des services de la commune incluant dans le champ de l'obligation vaccinale contre la covid-19 les agents de la commune exerçant leurs fonctions dans les établissements de la petite enfance, ne peuvent être regardées comme entachées d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté, dès lors que les infirmiers et auxiliaires de puériculture, qui font

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

partie des professionnels de santé régis par la quatrième partie du code de la santé publique, entrent dans le champ de l'obligation vaccinale lorsqu'ils exercent leur profession non pas dans un établissement de santé mais dans un établissement de la petite enfance ([Conseil d'Etat, juge des référés, 25 octobre 2021, n°457.230, inédit](#))

- que si le directeur d'un établissement de santé public peut légalement prendre une mesure de suspension à l'égard d'un agent qui ne satisfait pas à l'obligation vaccinale contre la covid-19 alors que cet agent est déjà en congé de maladie, cette mesure et la suspension de traitement qui lui est associée ne peuvent toutefois entrer en vigueur qu'à compter de la date à laquelle prend fin le congé de maladie de l'agent en question ([Conseil d'Etat, 5ème et 6ème chambres réunies, 2 mars 2022, n°458.353, publié au recueil Lebon](#), et [11 mai 2022, n°459.011, publié au recueil Lebon](#))

- 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°459589 publiés au Recueil Lebon](#)).

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.

4.3.2.2 - Jurisprudence et doctrine relatives aux principes invoqués par les questions

4.3.2.2.1 - principe d'égalité devant la loi, garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (deuxième question)

L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est ainsi rédigé:

La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

Le principe d'égalité des citoyens devant la loi, qui en est issu, « *ne s'oppose pas à ce que le législateur déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général dès lors que les différences de traitement qui en résultent sont en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* » ([Cons. const., 23 juillet 1996, décision n°96-380 DC, cons. 9](#)); ainsi, « *si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* » ([Cons. const., du 29 décembre 2003, décision n°2003-489 DC, cons. 37](#) [Cons. const., du 28 septembre 2006, décision n°2006-541 DC, cons. 9](#)).

En synthèse, le principe d'égalité « *ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour*

des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (parmi de nombreuses décisions: [Cons. const., 20 mars 1997](#), décision n°97-388 DC, cons.27,[Cons. const., 11 décembre 2008](#), décision n°2008-571 DC, cons.20, [Cons. const., 9 octobre 2014](#), décision n°2014-701 DC, cons 5, et pour un exemple récent [Cons. const., 21 avril 2023](#), décision n°2023-1045 QPC, cons. 7).

Lors de l'adoption de la loi du n° 2021-1040 du 5 août 2021, le Conseil constitutionnel, s'il n'a pas statué sur les dispositions contestées, a statué sur la suspension des salariés et agents publics en ce qui concernait les obligations imposées au titre du « passe sanitaire » à certains salariés et agents publics (spécifiquement le paragraphe I de l'article 1er réécrit le C du paragraphe II de l'article 1er de la loi du 31 mai 2021) modifié afin de déterminer les conséquences sur la relation de travail du défaut de présentation d'un « passe sanitaire » par un salarié ou un agent public tenu à cette obligation pour accéder au lieu où il exerce ses fonctions) :

[Cons. const., 5 août 2021](#), décision n°2021-824 DC

74. En premier lieu, le troisième alinéa du 1 du C prévoit que le contrat à durée déterminée ou de mission d'un salarié qui ne présente pas les justificatif, certificat ou résultat requis pour l'obtention du « passe sanitaire », peut être rompu avant son terme, à l'initiative de l'employeur, dans les conditions prévues à l'article L. 1232-1 du code du travail).

75. Il résulte des travaux préparatoires que le législateur a entendu exclure que la méconnaissance de l'obligation de présentation des justificatif, certificat ou résultat précités puisse constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement d'un salarié en contrat à durée indéterminée.

76. Les salariés en contrat à durée indéterminée et ceux en contrat à durée déterminée ou de mission sont dans des situations différentes.

77. Toutefois, en instaurant une obligation de présentation d'un « passe sanitaire » pour les salariés travaillant dans certains lieux et établissements, le législateur a entendu limiter la propagation de l'épidémie de covid-19. Or, les salariés, qu'ils soient sous contrat à durée indéterminée ou en contrat à durée déterminée ou de mission, sont tous exposés au même risque de contamination ou de transmission du virus.

78. Dès lors, ***en prévoyant que le défaut de présentation d'un « passe sanitaire » constitue une cause de rupture des seuls contrats à durée déterminée ou de mission, le législateur a institué une différence de traitement entre les salariés selon la nature de leur contrat de travail qui est sans lien avec l'objectif poursuivi.***

79. Par conséquent, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, ***le dix-neuvième alinéa du b du 1° du paragraphe I de l'article 1er, qui méconnaît le principe d'égalité devant la loi, est contraire à la Constitution.***

Cette décision a été rattachée par la doctrine à la jurisprudence habituelle du Conseil constitutionnel:

[Michel Verpeaux](#) , « Validation sous réserves du passe sanitaire », AJDA 2021. p: 2610

(...) Le principe d'égalité était concerné car la loi introduisait nécessairement une distinction entre les salariés, ceux engagés sous un contrat à durée indéterminée étant exclus de cette nouvelle exigence, comme le laissaient supposer les travaux préparatoires et comme le précise le Conseil constitutionnel (§ 75). Seuls étaient ainsi concernés les salariés en contrat à durée déterminée ou de mission. ***Pour que le principe d'égalité puisse ne pas s'appliquer, encore faut-il que les différences de situation, qui existent bien entre ces catégories de salariés, soient en lien avec l'objet de la loi pour justifier la différence de traitement.*** Or, dans le cas d'espèce, la loi a entendu limiter la propagation du virus, les risques étant susceptibles de concerner et d'affecter tous les salariés, quelle que soit la nature de leur contrat. La disposition incriminée heurtait directement le principe d'égalité car elle introduisait une « différence de traitement entre les salariés selon la nature de leur contrat de travail qui est sans lien avec l'objectif poursuivi » (§ 78), sans qu'il soit besoin

d'examiner les autres griefs. Le Conseil ne précise rien cependant à propos des agents publics contractuels, parmi lesquels il existe aussi des contractuels à durée déterminée et des contractuels à durée indéterminée.

Par sa Décision n°2021-824 DC et d'une manière générale, le Conseil constitutionnel a jugé que la France, comme d'autres pays qui ont adopté des mesures équivalentes, n'était pas une dictature sanitaire comme on peut l'entendre et le lire. **Pour autant, la répétition des lois et, par conséquent des décisions qui se suivent et se ressemblent un peu, donnent un sentiment de déjà vu qui n'est pas sans évoquer le film Un jour sans fin (2), d'autant qu'est annoncé un nouveau projet de loi, comme cela a été mentionné. Jusqu'à quand ?**

[Les libertés individuelles à l'épreuve de la sortie de crise sanitaire – Emmanuelle Maupin – 6 septembre 2021](#)

Violation du principe d'égalité

La présentation d'un passe sanitaire est également exigée des salariés travaillant dans certains lieux ou établissements afin de limiter la propagation du virus. Qu'ils soient en contrat à durée indéterminée, en contrat à durée déterminée ou en mission, les salariés sont tous exposés au même risque de contamination au virus. Dès lors, en prévoyant, dans la loi du 5 août, que le défaut de présentation du passe sanitaire constitue une cause de rupture anticipée des seuls contrats à durée déterminée ou de mission, **le législateur a institué une différence de traitement entre les salariés selon la nature de leurs contrats de travail qui est sans lien avec l'objectif poursuivi et violé le principe d'égalité.**

Examinant ces mêmes textes, la cour d'appel de Montpellier, dans l'arrêt précité du 30 novembre 2022, a retenu le raisonnement suivant pour refuser de transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité à la cour de cassation:

Montpellier, 1e ch. soc., 30 novembre 2022, RG n°22/03238

1-4/ Sur le principe d'égalité

La salariée reproche à la disposition légale en cause d'opérer une différence de traitement entre les personnes vaccinées et les personnes non-vaccinées.

Mais cette branche de la question n'est pas sérieuse **dès lors qu'elle se fonde elle-même sur la différence objective de statut vaccinal dont les conséquences sur la protection de la santé des résidents apparaissent évidentes au vu des données académiques très largement concordantes concernant les effets de la vaccination sur la transmission de la maladie.**

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, notamment en ce qui concerne le principe d'égalité :

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

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.

Selon un commentaire de cette décision « *Le raisonnement trouve ici une cohérence en ce que le principe d'égalité n'interdit pas de traiter différemment des personnes situées dans une situation dissemblable. Créer un régime d'obligation particulier vis-à-vis des professions évoluant au sein des établissements de santé en contexte épidémique était donc une mesure entendable au regard du régime du principe d'égalité.* »²

La chambre appréciera le caractère sérieux de la deuxième question au bénéfice de ces observations.

4.3.2.2.2 - droit l'emploi, garanti par l'alinéa 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (troisième question)

Le cinquième alinéa du préambule de la constitution du 27 octobre 1946, est ainsi rédigé « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi.* »

Dans son interprétation de cet alinéa, le Conseil constitutionnel retient qu'il appartient à la loi, qui aux termes de l'article 34 de la Constitution fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et détermine les principes fondamentaux du droit du travail, de poser des règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre d'intéressés possible et le cas échéant en faisant contribuer les personnes exerçant une activité professionnelle à l'indemnisation de celles qui en sont privées ([Cons. const., 16 janvier 1986, décision n°85-200 DC](#), cons. 4). Il appartient notamment au législateur de poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en ouvrant le bénéfice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés ([Cons. const., 10 juin 1998, décision n°98-401 DC](#), cons. 46, [Cons. const., 28 décembre 2006, décision n°2006-545 DC](#), cons. 12, [Cons. const., 4 février 2011, décision n°2010-98 QPC](#), cons. 5).

Selon le commentaire de la décision du 4 février 2011,

S'agissant du droit d'obtenir un emploi **le Conseil a toujours reconnu la large marge d'appréciation du législateur** « compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail » pour « poser des règles propres à assurer, conformément au cinquième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre » ([Cons. const., décision n°2006-535 DC du 30 mars 2006](#), précité, cons. 19).

Le Conseil constitutionnel a ainsi **admis des dispositions qui limitaient la possibilité d'un cumul emploi-retraite** (Décisions n° 81-134 DC du 5 janvier 1982, Loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social, cons. 4 et 5 et n° 83-156 DC du 28 mai 1983, Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse, cons. 4) **ou qui réduisaient le temps de travail** (Décisions n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, cons. 26, et n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, Loi relative à la réduction négociée du temps de travail, cons. 27).

La disposition qui prévoit qu'au-delà de l'âge de la retraite à taux plein, l'employeur peut mettre d'office un salarié à la retraite s'inscrit donc dans ces mesures de politique de l'emploi

² Loïc Malfettes, « Obligation vaccinale contre le covid-19 : l'inconstitutionnalité écartée », *Dalloz actualités*, 13 septembre 2023

qu'il appartient au législateur de fixer, sans que le Conseil constitutionnel puisse substituer son appréciation à celle du Parlement.

Par une jurisprudence qui s'inscrit dans le droit fil de sa jurisprudence passée, le Conseil a donc déclaré le premier alinéa de l'article L. 1237-5 du code du travail conforme à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel estime ainsi qu'il ne lui appartient pas de se substituer au législateur pour rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres moyens, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie :

[Cons. const., 16 août 2007](#), décision n°2007-555 DC

8. Considérant qu'il ressort des travaux parlementaires ayant abouti à l'adoption de la loi déferée que l'exonération d'impôt sur le revenu et de charges sociales des heures supplémentaires et complémentaires a pour but d'augmenter le nombre d'heures travaillées afin de stimuler la croissance et l'emploi ; qu'ainsi, par sa finalité, l'article 1er tend à mettre en oeuvre l'exigence résultant du cinquième alinéa du préambule de 1946 ; que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi déferée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie ;

[Cons. const., 4 février 2011](#), décision n°2010-98 QPC

5. Considérant qu'en fixant une règle générale selon laquelle, en principe, l'employeur peut mettre à la retraite tout salarié ayant atteint l'âge ouvrant droit au bénéfice d'une pension de retraite à taux plein, le législateur n'a fait qu'exercer la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour mettre en oeuvre le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre ; qu'il s'est fondé sur des critères objectifs et rationnels en lien direct avec l'objet de la loi ; que, dès lors, il n'a méconnu ni le cinquième alinéa du préambule de 1946 ni le principe d'égalité devant la loi ;

[Cons. const., 21 mars 2018](#), décision n°2018-761 DC

26. Selon le cinquième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ... ». Dès lors, il incombe au législateur de poser des règles propres à assurer le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre. Il lui incombe également d'assurer la mise en oeuvre de ce droit tout en le conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figure la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789.

27. En premier lieu, en prévoyant qu'un accord de performance collective peut être conclu s'il est justifié par des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, le législateur a entendu permettre aux entreprises d'ajuster leur organisation collective afin de garantir leur pérennité et leur développement. Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. Il ne saurait rechercher si les objectifs que s'assigne le législateur pourraient être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé. En outre, il appartient aux partenaires sociaux de déterminer, lors de la négociation de l'accord, les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir et, à ce titre, de s'assurer de leur légitimité et de leur nécessité. Par ailleurs, en vertu de l'article L. 2232-12 du code du travail, l'accord, pour être adopté, doit soit être signé par des organisations syndicales représentatives majoritaires, soit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés s'il n'a été signé que par des organisations syndicales représentatives minoritaires ayant recueilli plus de 30 % des voix au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité social et économique. Enfin, le cas échéant, la pertinence des motifs ayant justifié l'accord peut être contestée devant le juge.

La large marge d'appréciation du législateur est également mise en exergue par la doctrine :

[U] [Bernaud, Xavier Pretot, Jurisclasseur administratif, Fasc. 1443 : Droit constitutionnel social, §68](#)

L'alinéa 5 du préambule de la Constitution de 1946 est peu contraignant pour le législateur car le Conseil constitutionnel n'en déduit pas un droit à prestation permettant à ses bénéficiaires d'exiger l'obtention d'un emploi, mais voit plutôt en lui un simple fondement aux politiques législatives adoptées en faveur de l'emploi. C'est la raison pour laquelle le Conseil affirme qu'il appartient au législateur de déterminer les règles propres à assurer au mieux "le droit pour chacun d'obtenir un emploi" en vue de permettre l'accès du plus grand nombre à l'emploi, au besoin en limitant l'exercice d'autres droits fondamentaux, dont la liberté d'entreprendre. À cette fin, le législateur peut utiliser divers leviers, comme par exemple faire obstacle au cumul entre un emploi et une pension de retraite, ou bien soumettre l'exercice d'un emploi, en cas de cumul, à une contribution spécifique en vue de l'indemnisation des travailleurs privés d'emploi (Cons. const., 5 janv. 1982, déc. n° 81-134 DC, consid. 5 : Rec. Cons. const. 1982, p. 15. – Cons. const., 28 mai 1983, déc. n° 83-156 DC, consid. 4 : Rec. Cons. const. 1983, p. 41. – Cons. const., 16 janv. 1986, déc. n° 85-200 DC, consid. 4 : Rec. Cons. const. 1986, p. 9 ; Dr. soc. 1986, p. 372, note Y. Gaudemet ; RDP 1986, p. 395, chron. L. Favoreu ; RTD sanit. soc. 1986, p. 347, note X. Prétot). **Dans tous les cas, le Conseil constitutionnel se borne à effectuer un contrôle superficiel sur les lois.**

Dans la décision du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, précitée, le Conseil constitutionnel a écarté les griefs tirés de l'incompatibilité de la suspension de la relation de travail pour les salariés et les agents publics méconnaissant l'obligation de présentation du passe sanitaire et qui ne voudraient pas utiliser leurs jours de repos conventionnels ou de congés payés avec le droit à l'emploi:

[Cons. const., 5 août 2021](#), décision n°2021-824 DC

83. D'une part, l'obligation de présenter un « passe sanitaire » n'est imposée que pour la période comprise entre le 30 août et le 15 novembre 2021 et pour les seuls salariés et agents publics intervenant dans les lieux, établissements, services ou événements dont l'accès est soumis à cette obligation, lorsque la gravité des risques de contamination en lien avec l'exercice des activités qui y sont pratiquées le justifie, au regard notamment de la densité de population observée ou prévue.

84. D'autre part, la suspension du contrat de travail ne peut intervenir que si le salarié ou l'agent public ne présente ni le résultat d'un examen de dépistage virologique négatif, ni un justificatif de statut vaccinal, ni un certificat de rétablissement. Si cette suspension s'accompagne de l'interruption du versement de la rémunération, elle prend fin dès que le salarié ou l'agent public produit les justificatifs requis.

85. Enfin, lorsque la suspension du contrat de travail se prolonge au-delà d'une durée équivalente à trois jours travaillés, l'employeur doit convoquer le salarié ou l'agent public à un entretien afin d'examiner avec lui les moyens de régulariser sa situation, notamment les possibilités d'affectation, le cas échéant temporaire, sur un autre poste non soumis à cette obligation. S'il s'agit d'un salarié, cet autre poste doit être proposé au sein de l'entreprise.

86. Dès lors, **les griefs tirés de la méconnaissance des exigences constitutionnelles précitées doivent être écartés.**

Il a également retenu la constitutionnalité de l'article 14.I.A de la loi précitée (prévoyant les modalités progressives de définition de l'impossibilité d'exercice pour les professionnels visés à l'article 12) aux motifs suivants :

[Cons. const., 5 août 2021](#), décision n°2021-824 DC

- Sur certaines dispositions de l'article 14 :

122. Il résulte des termes mêmes de ces dispositions, prévoyant une entrée en vigueur progressive de l'obligation vaccinale, que **les professionnels soumis à cette obligation peuvent, jusqu'au 14 septembre 2021, continuer d'exercer leur activité sous réserve de présenter** soit un certificat de statut vaccinal, soit un certificat de rétablissement, soit un certificat médical de contre-indication à la vaccination, ou à défaut, un justificatif de l'administration des doses de vaccin requises par voie réglementaire ou un résultat de test de dépistage virologique négatif.

123. Dès lors, **en adoptant les dispositions contestées, le législateur qui a poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, n'a porté aucune atteinte au droit à l'emploi ou à la liberté d'entreprendre.**

124. Il résulte de ce qui précède que le A du paragraphe I de l'article 14, qui ne méconnaît pas non plus la liberté d'aller et de venir ni aucune autre exigence constitutionnelle, est conforme à la Constitution.

Le Professeur Verpeaux a insisté sur l'importance, retenue par le Conseil, du caractère temporaire et limité des mesures pour justifier l'atteinte au droit à l'emploi :

[Validation sous réserves du passe sanitaire – Michel Verpeaux – AJDA 2021. 2610](#)

Ces salariés et agents **n'étaient pas, en réalité, privés de leur emploi, mais au pire de moyens de subsistance, le onzième alinéa du même préambule, aussi invoqué par les requérants, garantissant la sécurité matérielle, faute de quoi la collectivité doit leur offrir des « moyens convenables d'existence ».**

Pour justifier la constitutionnalité de la disposition législative, le Conseil constitutionnel a, comme cela était prévisible, mis en avant la volonté du législateur de limiter la propagation du virus sur les lieux de travail qui sont des lieux de rencontres et de communications, argument aussi utilisé pour la rupture de la relation de travail (v. infra). Il a aussi **relevé le caractère présenté comme limité de la suspension, en réalité jusqu'au 15 novembre 2021**, sauf prolongation de l'obligation du passe sanitaire et **la limite matérielle de la mesure** qui ne concerne que les « lieux, établissements, services ou événements dont l'accès est soumis à cette obligation, lorsque la gravité des risques de contamination en lien avec l'exercice des activités qui y sont pratiquées le justifie, au regard notamment de la densité de population observée ou prévue » (§ 83). Néanmoins, **quiconque ayant souhaité mener une vie sociale à peu près normale depuis l'été 2021 a pu se rendre compte que beaucoup d'entreprises et de lieux étaient concernés**, et donc beaucoup de salariés et d'agents. Seuls les petits commerces ont échappé à cette obligation.

La suspension, conçue comme provisoire et qui oblige l'employeur, au bout de trois jours travaillés, à proposer au salarié ou à l'agent récalculant une nouvelle affectation à un poste non soumis à cette obligation, n'était pas alors contraire aux exigences constitutionnelles (§ 85).

Dans la décision [Cons. const., 21 janvier 2022](#), décision n°2022-835 DC le Conseil constitutionnel a statué comme suit:

27. Il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et libertés constitutionnellement garantis. Parmi ces droits et libertés figurent la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, et le droit pour chacun d'obtenir un emploi qui résulte du cinquième alinéa du préambule de la Constitution de 1946.

28. Les dispositions contestées prévoient que le Premier ministre peut subordonner à la présentation d'un « passe vaccinal » l'accès des personnes qui travaillent dans les lieux où sont exercées des activités de loisirs ou de restauration commerciale, dans les foires, séminaires et salons professionnels, dans les transports publics interrégionaux ainsi que dans certains grands magasins et centres commerciaux. Dans ce cas, les personnes qui ne satisfont pas à cette obligation peuvent voir leur contrat de travail suspendu.

29. Eu égard à leurs conséquences pour les professionnels concernés, ces dispositions doivent être regardées **comme les soumettant à une obligation ayant la même portée qu'une obligation de vaccination contre la covid-19.**

30. En premier lieu, **en adoptant ces dispositions, le législateur a, ainsi qu'il a été dit au paragraphe 11, poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.**
31. En deuxième lieu, il a estimé, en l'état des connaissances scientifiques dont il disposait et qui sont notamment corroborées par les avis du comité de scientifiques du 24 décembre 2021 et du 13 janvier 2022, que les personnes vaccinées présentent des risques de transmission du virus de la covid-19 et de développement d'une forme grave de la maladie bien plus faibles que les personnes non vaccinées.
32. Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que, comme c'est le cas en l'espèce, les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé.
33. En troisième lieu, d'une part, les dispositions contestées **ne s'appliquent**, ainsi qu'il a été dit au paragraphe 15, **qu'à des lieux où sont exercées des activités qui mettent en présence simultanément un nombre important de personnes en un même lieu et présentent ainsi un risque accru de propagation du virus ou qui présentent, par leur nature même, un risque particulier de diffusion du virus.**
34. D'autre part, ces dispositions prévoient que l'exigence de présentation d'un « passe vaccinal » peut être prononcée par le Premier ministre à l'égard des personnes qui travaillent dans de tels lieux uniquement lorsque la gravité des risques de contamination en lien avec l'exercice de leur activité professionnelle le justifie, au regard notamment de la densité de population observée ou prévue. Le paragraphe IV de l'article 1er de la loi du 31 mai 2021 prévoit que **cette exigence doit être strictement proportionnée aux risques sanitaires encourus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu. Il appartient ainsi au pouvoir réglementaire de restreindre l'application de ces dispositions aux seules personnes occupant des postes et fonctions qui se trouvent effectivement exposés à un risque particulier de contamination.**
35. Enfin, au demeurant, le législateur a, ainsi qu'il a été dit au paragraphe 19, **exclu que puisse être exigée la présentation d'un justificatif de statut vaccinal par des personnes qui ne peuvent pas, pour des raisons médicales, être vaccinées.**
36. **Il résulte de ce qui précède que les dispositions contestées opèrent une conciliation équilibrée entre les exigences constitutionnelles précitées.**

Dans la décision de chambres réunies du 28 janvier 2022, le Conseil d'Etat a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question préalable de constitutionnalité portant sur la compatibilité de l'article 14 au droit à l'emploi :

[CE, chambres réunies, 28 Janvier 2022, n° 457879](#)

Sur l'article 14 :

10. Aux termes du cinquième alinéa du préambule de 1946 : "Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi (...)".

11. Les dispositions contestées **ne portent par elles-mêmes aucune atteinte au droit à l'emploi, notamment pour des personnes qui n'étaient pas encore employées dans un établissement public de santé à la date d'entrée en vigueur de la loi.** S'agissant des personnes qui y étaient employées à cette date et qui refusent de se soumettre, en dehors des motifs prévus par la loi, à l'obligation vaccinale, elles prévoient non pas la rupture de leur contrat de travail ou la cessation de leurs fonctions, mais **la suspension du contrat de travail ou des fonctions exercées jusqu'à ce que l'agent produise les justificatifs requis.**

12. Dans ces conditions, contrairement à ce que soutient la requérante, les dispositions attaquées **ont opéré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre les exigences constitutionnelles qui découlent du droit à l'emploi et du droit à la protection de la santé,** rappelé ci-dessus.

Il a également relevé l'absence de contradiction de la loi de pays instaurant une obligation vaccinale en Polynésie française avec le droit au travail et le principe d'égalité :

Quant aux conséquences sur l'activité et l'emploi :

31. La " loi du pays " **ne comporte pas de disposition prévoyant, en cas de méconnaissance de l'obligation vaccinale par une personne qui y est soumise à raison de son activité, qu'il soit mis un terme à celle-ci ou qu'elle soit suspendue.** Les conséquences que la loi est susceptible d'avoir pour l'activité des personnes exerçant une profession indépendante **ne sauraient être regardées comme excessives au regard de l'objectif recherché.** La circonstance qu'en cas de méconnaissance de l'obligation l'employeur ou le chef de service sera tenu d'exercer les responsabilités qui lui incombent en vertu du droit commun et dans le respect des garanties prévues par celui-ci n'est pas de nature à entacher la " loi du pays " de disproportion au regard des droits des salariés ou des agents publics. Pour le même motif, le grief d'incompétence négative doit également être écarté.

Enfin, la cour d'appel de Montpellier, dans l'arrêt précité du 30 novembre 2022, a refusé de transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité à la cour de cassation au regard notamment des éléments suivants concernant le droit à l'emploi et à la rémunération :

Montpellier, 1e ch. soc., 30 novembre 2022, RG n°22/03238

1-3/ Sur le droit à l'emploi et à la rémunération

La salariée fait valoir que la suspension sans rémunération du contrat de travail porte une atteinte excessive au droit à l'emploi et à la rémunération de ce dernier.

Mais, pour apprécier le sérieux de l'excès invoqué, il convient de mesurer le risque d'atteinte à la santé et à la vie dont le législateur a entendu protéger les personnes âgées au moyen de l'obligation vaccinale des personnels des entreprises les prenant en charge.

Très rapidement, il est apparu manifeste que la pandémie mettait principalement en grave danger des personnes âgées ou déjà en mauvaise santé. Dès lors, l'instauration d'une obligation vaccinale au sein des établissements accueillant des personnes âgées s'est trouvée réclamée tant par les autorités médicales que par les principaux relais de l'opinion publique. Le pouvoir législatif ne put dès lors se dispenser d'interdire les lieux accueillant principalement ces publics fragiles aux personnes ne présentant pas le plus haut degré de sécurité que permettait l'état de la médecine au temps où il eut à statuer.

La loi aurait pu prévoir le licenciement des salariés non-vaccinés en s'inspirant du droit positif qui autorise le licenciement pour cause réelle et sérieuse, en l'absence de possibilité de reclassement, du chauffeur qui perd son permis de conduire ou de tout salarié qui perd une habilitation légale nécessaire à l'exécution de son travail.

Elle aurait même pu autoriser le licenciement pour faute grave au titre de la mise en danger de la santé et de la vie des pensionnaires pris en charge par l'employeur.

Le législateur fit le choix mesuré d'une simple suspension du contrat de travail en en tirant la conséquence de droit commun de l'absence de rémunération durant la période de suspension. Ainsi ne peut-il être sérieusement soutenu que l'atteinte portée au droit à l'emploi et à la rémunération soit excessive au regard de la nécessité de préserver la santé et la vie des personnes fragiles accueillies dans les établissements concernés par l'obligation vaccinale.

Dans l'arrêt précité du 5 juillet 2023, notre chambre a également refusé de transmettre une question relative à la compatibilité avec le droit à l'emploi :

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

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.

Cet arrêt a fait l'objet d'un commentaire critique à la Semaine juridique - social

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

Selon nous, ***la position retenue par la Cour de cassation est discutable dès lors que le droit à l'emploi recoupe, en outre, le droit de conserver son emploi.***

Elle n'est pas sans rappeler, que dans ses premières versions et avant passage au Sénat du projet de loi, le texte prévoyait la rupture du contrat de travail du salarié pour un motif sui generis à l'issue d'un délai de suspension de 2 mois.

La suppression de cette mention ne prive pas l'employeur, qui conserve la maîtrise de son pouvoir de direction et de sanction, de sa faculté de rompre le contrat de travail en cas d'absence prolongée impactant l'organisation de l'entreprise.

D'ailleurs, dans son Questions/Réponses le ministère du Travail confirme ce point en indiquant que « dans le cas d'une situation de blocage persistante, les procédures de droit commun concernant les contrats de travail peuvent s'appliquer ».

Ainsi, ***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 exemple, à l'instar des salariés se voyant retirer leur permis de conduire, outil nécessaire à l'exercice de ses fonctions, l'employeur pourrait arguer d'un trouble objectif à l'entreprise pour justifier de la rupture de son contrat de travail.

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.***

Au contraire, selon un autre commentateur de cette décision, « *La solution semble ici encore en phase avec l'acception retenue par la jurisprudence constitutionnelle du droit à l'emploi, dont la portée tend davantage à ouvrir au législateur une latitude lui permettant de créer certains dispositifs en faveur de population à l'insertion professionnelle difficile plutôt qu'à lui imposer d'importantes restrictions dans sa volonté de créer des régimes de suspension du contrat de travail* »³

Il appartiendra à notre chambre de se prononcer sur le caractère sérieux de la troisième question portant sur l'absence de conformité de la disposition contestée au droit à l'emploi.

³ [Loïc Malfettes, « Obligation vaccinale contre le covid-19 : l'inconstitutionnalité écartée », *Dalloz actualités*, 13 septembre 2023](#)

4.3.2.2.3 - droit la dignité de la personne humaine, garanti par l'alinéa 1er du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et droit la protection de la santé, garanti par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (quatrième et cinquième questions)

1 - droit à la dignité de la personne humaine, garanti par l'alinéa 1^{er} du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (quatrième question)

Un auteur⁴ a relevé que: « *en droit, la dignité est un concept nouveau : il vient à peine de naître. Non pas que le mot nous fut inconnu, car on le rencontrait aussi bien dans des textes internationaux que dans des textes européens mais le concept ne s'était pas encore vraiment établi - à supposer, d'ailleurs, qu'il le soit.* »

En effet, le droit à la dignité de la personne humaine n'a été reconnu comme principe à valeur constitutionnelle qu'en 1994, à partir du premier alinéa du préambule de la constitution du 27 octobre 1946, rédigé en ces termes :

Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Dans une décision portant sur la loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, le Conseil constitutionnel, rappelant le texte de cet alinéa 1er, a retenu qu'il en ressortait « *que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* » (Cons. const., 27 juillet 1994, décision n°94-343/344 DC , cons. 2, repris dans Cons. const., 16 septembre 2010, décision n°2010-25 QPC, cons. 7, Cons. const., 30 juillet 2010, décision n°2010-14/22 QPC, cons.19, Cons. const., 1er août 2013, décision n°2013-674 DC, cons. 14, Cons. const., 2 juin 2017, décision n°2017-632 QPC, cons. 6 et en dernier lieu Cons. const., 10 novembre 2022, décision n°2022-1022 QPC, cons. 6).

Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel a considéré que les principes énoncés par cette loi, « au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine (...) tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ; » (Ibid, cons. 18).

Selon le Professeur Bertrand Mathieu et Mme Cassard-Valembois⁵, « *sa signification, sa portée et sa place au sein des droits fondamentaux font l'objet d'appréciations contrastées et parfois divergentes, non seulement selon les pays,*

⁴ [Bernard Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau » D. 1997 p: 185](#)

⁵ [JurisClasseur Administratif, Fasc. 1449 : Droit constitutionnel civil et des affaires, §48](#)

*mais aussi dans la doctrine et les droits jurisprudentiels nationaux (par ex., M.-L. Pavia et Th. Revet [ss dir.], La dignité de la personne humaine : Economica, coll. Études juridiques, 1999). Sans entrer dans un débat philosophique sur cette question, **la dignité de l'homme exige qu'il ne soit pas traité comme un objet, un moyen, mais qu'il soit reconnu comme sujet** (N. Lenoir, Bioéthique. Constitution et droits de l'homme : Diogène, 1995). C'est d'ailleurs en ce sens qu'a été constitutionnalisé en France le principe de respect de dignité de la personne humaine. »*

Donnant un contenu à l'étendue de ce principe de dignité, le Conseil constitutionnel a retenu que « *l'interdiction des pratiques eugéniques visant à l'organisation de la sélection des personnes, interdiction qui, prévue par l'article 16-4 du code civil, tend à assurer le respect du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* » (Cons. const., 29 juillet 2021, décision n°2021-821 DC, cons. 15)

Selon le [commentaire](#), sur le site du conseil constitutionnel, de la décision n°2010-25 QPC du 16 septembre 2010, « *Il apparaît néanmoins que le Conseil constitutionnel n'a jamais censuré une disposition législative sur ce fondement, qui fut notamment invoqué en matière de droit des étrangers (définition des infractions relatives aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France), en matière d'interruption volontaire de grossesse (allongement du délai pendant lequel elle peut être pratiquée) et en matière de bioéthique (protection des inventions biotechnologiques, destruction des embryons surnuméraires).* »

Dans le domaine de la **santé publique**, le Conseil a estimé que des essais cliniques des techniques en cours de développement et destinées à améliorer l'efficacité des méthodes de procréation médicalement assistée ou à prévenir ou soigner des pathologies chez l'embryon, d'une part ne conduisaient pas à exposer l'embryon à un risque sans proportion avec le bénéfice attendu dès lors qu'ils étaient menés au bénéfice de l'embryon lui-même ou de la recherche en matière de procréation médicalement assistée, d'autre part ne méconnaissaient pas le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine dans la mesure où la réalisation de ces essais cliniques, subordonnée au consentement de chaque membre du couple et au respect des garanties qui s'attachent aux recherches biomédicales prévues au titre II du livre Ier de la première partie du code de la santé publique, est, en particulier, soumise à la délivrance préalable d'une autorisation par l'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé et où ces essais menés dans le respect du principe de la primauté de l'intérêt de la personne qui se prête à une recherche, et du principe de l'évaluation de la balance entre les risques et les bénéfices (Cons. const., 21 janvier 2016, décision n°2015-727 DC, cons. 85). Ne méconnaît pas le principe de dignité de la personne humaine la modification par le législateur de certaines des conditions permettant l'autorisation de recherche sur l'embryon humain et sur les cellules souches embryonnaires à des fins uniquement médicales, afin de favoriser cette recherche et de sécuriser les autorisations accordées, dès lors qu'il a entouré la délivrance de ces autorisations de garanties effectives (Cons. const., 1er août 2013, décision n°2013-674 DC, cons. 17).

Concernant les décisions d'arrêt de traitement pour les **personnes en fin de vie**, le Conseil constitutionnel décide encore qu'« il appartient au législateur,

compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, notamment en matière médicale, de déterminer les conditions dans lesquelles une décision d'arrêt des traitements de maintien en vie peut être prise, dans le respect de la dignité de la personne. » (Cons. const., 2 juin 2017, décision n°2017-632 QPC, cons. 8, Cons. const., 10 novembre 2022, décision n°2022-1022 QPC, cons. 6). Selon le [commentaire](#) de la première de ces deux décisions sur le site du Conseil constitutionnel, « *Le Conseil constitutionnel n'a jamais consacré, expressément, de droit constitutionnel à la vie. (...) Plutôt que de dégager un droit autonome au respect de la vie, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur la sauvegarde de la dignité de la personne humaine, dont la valeur constitutionnelle, reconnue pour la première fois dans la décision précitée sur les lois bioéthiques, a été rappelée à plusieurs reprises* »

Statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité relative au **fichier des empreintes génétiques**, les juges de la rue de Montpensier ont en outre précisé qu'il appartenait au législateur « *d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis, au nombre desquels figurent le respect de la vie privée, protégé par l'article 2 de la Déclaration de 1789, le respect de la présomption d'innocence, le principe de dignité de la personne humaine, ainsi que la liberté individuelle que l'article 66 place sous la protection de l'autorité judiciaire ; (...) ainsi, si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle en vertu de l'article 66 de la Constitution, et que les restrictions qu'elles apportent aux droits et libertés constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées ;* » (Cons. const., 16 septembre 2010, décision n°2010-25 QPC, cons. 11).

Sur cette même question, il a également estimé que « *le prélèvement biologique visé aux deuxième et troisième alinéas de l'article 706-54, qui ne peut être effectué sans l'accord de l'intéressé, peut être réalisée à partir de matériel biologique qui se serait naturellement détaché de son corps, n'implique aucune intervention corporelle interne, ne comporte aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des personnes ;* » (Cons. const., 16 septembre 2010, décision n°2010-25 QPC, cons 13) et en a déduit l'absence d'atteinte à l'inviolabilité du corps humain, au principe du respect de la dignité de la personne humaine

Concernant l'autorisation donnée aux officiers de police judiciaire de procéder au faire procéder aux **opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens techniques et scientifiques de comparaison** avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête.« il ressort de ses termes mêmes, éclairés par les débats parlementaires, que l'expression « prélèvement externe » fait référence à un prélèvement n'impliquant aucune intervention corporelle interne ; qu'il ne comportera donc aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire

à la dignité des intéressés ; que manque dès lors en fait le moyen tiré de l'atteinte à l'inviolabilité du corps humain ; que le prélèvement externe n'affecte pas davantage la liberté individuelle de l'intéressé ; qu'enfin, le prélèvement étant effectué dans le cadre de l'enquête et en vue de la manifestation de la vérité, il n'impose à la « personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction » aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire ; » « en l'absence de voies d'exécution d'office du prélèvement et compte tenu de la gravité des faits susceptibles d'avoir été commis, le législateur n'a pas fixé un quantum disproportionné pour le refus de prélèvement » ([Cons. const., 13 mars 2003](#), décision n°2003-467 DC, loi pour la sécurité intérieure cons. 55 et 57).

Selon le Professeur Bertrand Mathieu et Mme Cassard-Valembois⁶, *"De manière un peu curieuse, le Conseil inverse l'ordre des facteurs, en considérant que l'absence d'atteinte à la dignité de la personne est l'une des conditions de l'absence d'atteinte au principe de l'inviolabilité du corps humain. Par ailleurs, il laisse en suspens la question de la détermination des procédés de prélèvement attentatoire à la dignité, alors que ni leur caractère intrusif, ni leur caractère douloureux ne déterminent cette atteinte. Enfin, le Conseil retient une conception restrictive de l'atteinte à l'inviolabilité du corps humain en distinguant l'atteinte externe et l'atteinte interne et en faisant de la douleur l'un des critères de cette atteinte."*

Dans la décision du 5 août 2021 précitée, le conseil constitutionnel a décidé que l'obligation de se soumettre à un test de dépistage de la covid-19 en application des dispositions contestées ne comporte aucun procédé attentatoire à l'intégrité physique et à la dignité des personnes, et qu'en conséquence, manquent en fait les griefs tirés de l'atteinte au principe du respect de la dignité de la personne humaine et à l'inviolabilité du corps humain. ([Cons. const., 5 août 2021](#), décision n°2021-824 DC, cons. 97)

2 - droit à la protection de la santé, garanti par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (cinquième question)

Selon le onzième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs.* »

Après avoir affirmé que la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens, protection qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ([Cons. const., 22 juillet 1980](#), décision n°80-117 DC, cons. 4), le Conseil constitutionnel a rattaché ledit principe au onzième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, « la protection de la santé » ([Cons. const., 8 janvier 1991](#), décision n°90-283 DC, cons. 8).

Il a également affirmé « *qu'aux termes du onzième alinéa du préambule de 1946, la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs... » ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa*

⁶ [JurisClasseur Administratif, Fasc. 1449 : Droit constitutionnel civil et des affaires, §63](#)

compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, ce faisant, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles ; » (Cons. const., 12 mai 2010, décision n°2010-605 DC, §33).

De façon générale, si le Conseil constitutionnel vise, dans plusieurs décisions, le droit à la protection de la santé qui implique la coordination des soins et la prévention des prescriptions inutiles ou dangereuses, (Cons. const., 12 août 2004, décision n°2004-504 DC, cons. 4 et 5,, cons.5, Cons. const., 17 septembre 2015, décision n°2015-480 QPC, cons.5, et en dernier lieu Cons. const., 14 avril 2023, décision n°2023-849 DC, cons. 90), il opère dans ces décisions un simple contrôle de la conciliation, par le législateur, entre les exigences à valeur constitutionnelles, en évaluant à l'aune de cet objectif l'atteinte au droit au respect à la vie privée (Cons. const., 12 août 2004, décision n°2004-504 DC, cons. 4 et 5) à la protection de l'équilibre de la sécurité sociale (Cons. const., 12 août 2004, décision n°2004-504 DC), ou encore à la liberté d'entreprendre (Cons. const., 9 octobre 2014, décision n°2014-701 DC, Cons. const., 17 septembre 2015, décision n°2015-480 QPC, Cons. const., 4 août 2016, décision n°2016-737 DC, Cons. const., 25 octobre 2018, décision n°2018-771 DC), ou enfin à la liberté personnelle (Cons. const., 16 mai 2012 décision n°2012-249 QPC).

Le droit à la santé doit ainsi être concilié avec d'autres principes :

[U] Bernaud, Xavier Pretot, Jurisclasseur administratif, Fasc. 1443 : Droit constitutionnel social, §103

Conflit et conciliation avec d'autres principes –

Le principe de la protection de la santé est susceptible d'entrer en conflit avec d'autres dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle, **le Conseil constitutionnel étant ainsi amené à opérer la conciliation entre les exigences contradictoires des principes en présence.**

(...)

Le législateur est fondé par ailleurs à restreindre, le cas échéant, les droits et libertés des **patients, en instituant, par exemple, un dossier médical personnalisé et en recourant au régime du médecin-traitant dans le souci d'améliorer la coordination, la qualité et la continuité des soins, le tout assorti de mesures de minoration des remboursements dus aux patients qui dénie à leur médecin tout accès à leur dossier médical personnel ou se refusent à faire le choix d'un médecin traitant** (Cons. const., 12 août 2004, déc. n° 2004-504 DC, préc., consid. 2 à 8), ou bien à **modifier les conditions de la tarification et de la prise en charge des soins délivrés par les praticiens en aménageant un "secteur optionnel" dans le cadre de l'aménagement des rapports conventionnels entre l'assurance-maladie et les professions de santé** (Cons. const., 25 janv. 2007, déc. n° 2007-546 DC, consid. 10 et 14 : Rec. Cons. const. 2007, p. 55 ; LPA 2007, n° 59, p. 4, chron. J.-É. Schoettl ; RDP 2007, p. 1137, chron. D. Rousseau).

Cette conciliation a notamment été effectuée dans l'examen de la constitutionnalité de la possibilité de procéder, dans l'intérêt de la victime d'un viol, d'une agression ou d'une atteinte sexuelle, à un simple examen médical et à un simple prélèvement sanguin sur une personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves ou concordants d'avoir commis l'un des actes mentionnés aux articles 222-23 à 222-26 et 227-25 à 227-27 du code pénal, prélèvement qui ne peut, à défaut de consentement de l'intéressé, être pratiqué que sur instructions écrites du procureur de la République ou du juge d'instruction, et seulement à la demande de la victime ou lorsque son intérêt le justifie, notamment, dans cette dernière

hypothèse, lorsque la victime est mineure. Le conseil a en effet estimé que « *la contrainte à laquelle est soumise la personne concernée n'entraîne aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire **au regard des autres exigences constitutionnelles** en cause et, plus particulièrement, conformément au onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, de la protection de la santé de la victime ; que l'examen médical et le prélèvement sanguin ne portent atteinte ni aux droits de la défense, ni aux exigences du procès équitable, ni à la présomption d'innocence* »

Selon le Professeur Bertrand Mathieu et Mme Cassrd-Valembos⁷, "*En estimant que la loi lie l'exécution d'un prélèvement forcé aux risques qui menacent la santé de la victime, le Conseil opère une conciliation entre l'atteinte portée à l'intégrité d'une personne (innocente ou non) et la menace qui pèse sur une autre personne, au regard de l'obligation qui pourrait être la sienne de subir un traitement préventif lourd.*"

S'agissant de l'application de ce principe dans le domaine de la vaccination, le Conseil constitutionnel a dans une décision rendue à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité le 20 mars 2015, ainsi statué :

Considérant qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective ; qu'il lui est également loisible de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques ; que, toutefois, ***il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies***, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé (**Cons. const., 20 mars 2015**, décision n°2015-458 QPC, cons. 10)

Selon le commentaire de cette décision sur le site du conseil constitutionnel :

Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel n'a jamais prononcé aucune censure. Ses décisions en la matière sont de deux natures.

Certaines se bornent à écarter un grief formulé par les requérants sur le fondement du onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946. Ainsi, dans sa décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, le Conseil a jugé « qu'aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, en l'état, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ni ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé ».

D'autres décisions procèdent à un contrôle de dispositions législatives dans lesquelles le Parlement a cherché à assurer la conciliation entre plusieurs exigences constitutionnelles, parfois contradictoires. Ainsi dans sa décision n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010, le Conseil a relevé « qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde des droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ».

⁷ [JurisClasseur Administratif, Fasc. 1449 : Droit constitutionnel civil et des affaires, §64](#)

Selon les commentaires de la décision du 5 août 2021 précitée, le Conseil constitutionnel a reconnu que la dimension collective du droit à la protection de la santé primait sur la dimension individuelle:

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

Sur le plan national, même si le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé expressément sur **la constitutionnalité de l'obligation vaccinale contre la Covid-19, elle ne paraît guère discutable** (51). Saisi en 2015 à propos de l'extension des obligations vaccinales infantiles, le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité d'une telle obligation (52). Les requérants invoquaient une atteinte au droit à la santé, garanti par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel, **procédant selon sa méthode habituelle, apprécie l'objectif de la loi (lutter contre des maladies très graves et contagieuses), constate que la politique de vaccination était entourée de garanties légales (possibilité de suspendre l'obligation en fonction de l'évolution de la situation sanitaire, exclusion des hypothèses de contre-indication(53))**. Puis après avoir rappelé que, pour garantir la protection de la santé à tous, **le législateur dispose d'une large marge d'appréciation** lui offrant la possibilité de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective, il avale en creux l'obligation vaccinale. Au regard du droit positif et du contexte pandémique, une solution analogue semble parfaitement envisageable. En somme, **la dimension collective du droit à la protection de la santé doit primer sur sa dimension individuelle**.

À son tour, **le Conseil d'État**, compétent pour apprécier, cette fois, la conventionnalité des dispositions du code de la santé publique relatives à l'obligation vaccinale en milieu professionnel au regard des articles 8 (vie privée), 9 (liberté de conscience) et 14 (discrimination) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention EDH), **avait pu admettre l'existence d'atteintes à ces droits. Cependant, ces atteintes se sont systématiquement trouvées justifiées par l'existence de considérations de santé publique, expressément visées dans les restrictions prévues par la Convention**. Plus précisément, s'agissant de l'atteinte au droit à la vie privée, le Conseil d'État a pu la considérer justifiée **par « l'objectif poursuivi d'amélioration de la couverture vaccinale pour, en particulier, atteindre le seuil nécessaire à une immunité de groupe au bénéfice de l'ensemble de la population et proportionnée au but recherché »**(54). Dans le contexte contemporain où l'immunité de groupe est recherchée (a minima pour limiter autant que possible les formes graves) et la couverture vaccinale jugée encore insuffisante(55), **il ne semble pas surréaliste d'imaginer qu'une solution comparable aurait pu être rendue à propos de l'obligation vaccinale anti Covid-19 en milieu professionnel**. La position de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) s'inscrit d'ailleurs dans la même dynamique protectrice du « groupe » au nom de la solidarité nationale. (...)

[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](#)

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.

Le Conseil constitutionnel a par ailleurs statué **sur des dispositions voisines** de la loi du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique (notamment en son article 1er modifiant le II de l'article 1er la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, aux fins d'autoriser le premier ministre à subordonner à la présentation d'un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19 l'accès des personnes âgées d'au moins seize ans à certains lieux, et la suspension des salariés ne satisfaisant pas à l'obligation de présenter ce justificatif) dans la décision [Cons. const., 21 janvier 2022](#), décision n°2022-835 DC, dispositions dont il a retenu la conformité au bloc de constitutionnalité aux motifs suivants:

11. Toutefois, en premier lieu, ***en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu permettre aux pouvoirs publics de prendre des mesures visant à lutter contre l'épidémie de covid-19 par le recours à la vaccination. Il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.***

12. D'une part, le législateur a estimé que, en l'état des connaissances scientifiques dont il disposait et qui sont notamment corroborées par les avis du comité de scientifiques du 24 décembre 2021 et du 13 janvier 2022, les personnes vaccinées présentent des risques de transmission du virus de la covid-19 et de développement d'une forme grave de la maladie bien plus faibles que les personnes non vaccinées.

13. D'autre part, les mesures permises par les dispositions contestées ne peuvent être prononcées que jusqu'au 31 juillet 2022, période durant laquelle le législateur a estimé, au regard de la dynamique de l'épidémie, du rythme prévisible de la campagne de vaccination et de l'apparition de nouveaux variants du virus plus contagieux, que persisterait un risque important de propagation de l'épidémie.

14. ***Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause l'appréciation par le législateur de ce risque ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que, comme c'est le cas en l'espèce, ni cette appréciation ni les modalités retenues par la loi, qui impose de mettre fin aux mesures qu'elle permet dès qu'elles ne sont plus nécessaires, ne sont pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquates au regard de l'objectif poursuivi et de la situation présente.***

15. En deuxième lieu, d'une part, en prévoyant l'application de ces mesures aux foires, séminaires et salons professionnels, aux déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux ainsi qu'aux grands magasins et centres commerciaux, ***le législateur a réservé leur application à des activités qui mettent en présence simultanément un nombre important de personnes en un même lieu et présentent ainsi un risque accru de propagation du virus.*** De même, en prévoyant l'application de ces mêmes mesures aux activités de loisirs, de restauration ou de débit de boissons à l'exception de la restauration collective, de la vente à emporter de plats préparés et de la restauration professionnelle routière et ferroviaire, le législateur a ***circonscrit leur application à des lieux dans lesquels l'activité exercée présente, par sa nature même, un risque particulier de diffusion du virus.***

16. **D'autre part, le législateur a entouré de plusieurs garanties l'application de ces mesures.** S'agissant de leur application aux grands magasins et centres commerciaux, il a prévu qu'elles devaient garantir l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité ainsi qu'aux moyens de transport accessibles dans l'enceinte de ces magasins et centres. Il a prévu également qu'elles ne pouvaient être décidées qu'au-delà d'un certain seuil défini par décret et par une décision motivée du représentant de l'État dans le département lorsque les caractéristiques de ces lieux et la gravité des risques de contamination le justifient. **S'agissant des déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux, le législateur a prévu que, en cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention du justificatif requis, aucun document sanitaire n'est exigé et, par des dispositions qui ne sont pas imprécises, que l'exigence de présentation d'un « passe vaccinal » est remplacée par celle de présentation d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination à la covid-19 en cas de « motif impérieux d'ordre familial ou de santé ».** Par ailleurs, comme le Conseil constitutionnel l'a jugé dans sa décision du 31 mai 2021 mentionnée ci-dessus, la notion « d'activité de loisirs » exclut notamment une activité politique, syndicale ou culturelle.

17. En outre, **les mesures contestées ne peuvent être prises que dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre l'épidémie de covid-19 et si la situation sanitaire le justifie au regard de la circulation virale ou de ses conséquences sur le système de santé, appréciées en tenant compte des indicateurs sanitaires tels que le taux de vaccination, le taux de positivité des tests de dépistage, le taux d'incidence ou le taux de saturation des lits de réanimation.** Elles doivent être **strictement proportionnées** aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires.

Selon l'analyse de cette décision par un auteur ([Vincent Sizaire « Un passeport pour la coercition ? À propos de la décision n°2022-835 DC du 21 janvier 2022 du Conseil constitutionnel »](#), *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 02 mai 2022, consulté le 01 juin 2023.), le Conseil constitutionnel « *semble s'inscrire, à l'image de la Cour européenne des droits de l'homme, dans une logique de « procéduralisation » de son contrôle des atteintes aux libertés protégées par la Constitution. Une telle approche conduit certes à exiger du législateur la définition d'un cadre relativement précis pour la mise en œuvre des mesures restrictives de liberté en cause, notamment en termes de durée ou de procédure. Mais elle a aussi pour conséquence de lui laisser toute latitude dans la détermination de ce cadre. Ainsi, pour peu qu'elle soit définie, le Conseil constitutionnel ne trouve rien à redire à ce que la durée d'application du passeport sanitaire, initialement fixée au 15 novembre 2021, ait été continuellement repoussée jusqu'à être fixée, dès le mois de janvier 2022, jusqu'au 31 juillet 2022, soit à une date où il était alors (et encore aujourd'hui) strictement impossible de préjuger de l'état de la situation sanitaire. Plus largement, cette approche le conduit expressément à renoncer à tout contrôle de la nécessité de l'atteinte aux libertés qu'induit ce dispositif.* ». Selon cette même analyse, cette position traduit « *le refus d'un contrôle de nécessité* » :

6. Reprenant un raisonnement initialement adopté pour justifier l'institution d'une obligation vaccinale, le Conseil énonce en effet qu'il ne lui appartient pas « de remettre en cause l'appréciation par le législateur [du] risque [de propagation de l'épidémie] ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé aurait pu être atteint par d'autres voies ». Comme il en est de l'exercice d'un contrôle de proportionnalité restreint, il justifie cette position en rappelant qu'il ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que le Parlement. Mais si cela est indéniable, on peut en tirer de toutes autres conclusions. Dans un État de droit, la fonction du juge constitutionnel n'est certes pas de se substituer au législateur. **Son devoir est en revanche de veiller, lorsqu'une loi porte atteinte à une liberté fondamentale, à ce que cette restriction soit véritablement nécessaire, c'est-à-dire à vérifier si la finalité qu'elle poursuit aurait pu être réalisée par une mesure moins coercitive. Et il ne s'agit pas là**

de s'arroger le pouvoir de faire la loi, mais, simplement, d'exiger du législateur qu'il démontre que la mesure adoptée – en l'occurrence le passeport sanitaire – était bien l'unique moyen de parvenir à l'objectif en question – ici, le reflux de l'épidémie et la sauvegarde du système de santé.

(...)

8. Le juge constitutionnel persiste cependant à affirmer que le « passe » vaccinal n'induit aucune obligation de ce type, ce qui contribuerait à ses yeux à garantir la proportionnalité du dispositif. On n'est pourtant en droit de se demander si une obligation vaccinale, dont la constitutionnalité et la conventionnalité ont été précisément analysées, serait véritablement plus attentatoire aux libertés que la mise en place d'un passeport sanitaire ou vaccinal. En validant le principe sans interroger l'existence d'autres solutions, le Conseil considère en effet qu'il est loisible **au législateur d'assurer la santé publique en recourant à la coercition pour tenter d'éviter toute forme de contamination plutôt, par exemple, que de garantir la bonne santé et l'accès aux soins de la population. Et, partant, qu'il est possible de restreindre la liberté d'une personne au seul motif qu'elle ne peut justifier des « bons » indicateurs sanitaires.** En poussant le raisonnement à son extrémité, cela revient à considérer que rien ne s'oppose à ce que les pouvoirs publics limitent de façon plus ou moins importante la vie sociale des personnes dont ils ne peuvent (ou ne veulent) plus assurer la prise en charge médicale. Est-ce vraiment ainsi que, dans une société démocratique, il convient de faire respecter le principe suivant lequel la Nation « garantit à tous [...] la protection de la santé » ?

Le Conseil d'Etat a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité afférentes à l'article 12 de la loi, en examinant notamment sa compatibilité avec le droit à la santé et le respect de la dignité de la personne humaine:

[CE, chambres réunies, 28 Janvier 2022, n° 457.879](#)

Sur l'article 12 :

En ce qui concerne le droit à la protection de la santé, l'inviolabilité du corps humain et le droit à la dignité de la personne humaine :

5. Ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2015-458 QPC du 20 mars 2015, il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective, ainsi que de modifier Les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques. **Le droit à la protection de la santé garanti par le préambule de la Constitution de 1946 n'impose pas de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que Les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé.**

6. 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 malades qui y étaient hospitalisés.

7. Cette 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.** Par ailleurs l'article 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**. Enfin, il ressort des pièces du dossier que **la vaccination contre la Covid-19, dont l'efficacité au regard des deux objectifs rappelés au point 6. est établie en l'état des connaissances scientifiques, n'est susceptible de provoquer, sauf dans des cas très rares, que des effets indésirables mineurs et temporaires**. Dans ces conditions, la requérante n'est pas fondée à soutenir que les dispositions qu'elle conteste, qui **sont justifiées par une exigence de santé publique et ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif qu'elles poursuivent**, portent atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé garantie par le préambule de la Constitution de 1946, à l'inviolabilité du corps humain et au principe constitutionnel de respect de la dignité de la personne humaine.

Les commentaires de cette décision en doctrine font apparaître l'application par le Conseil d'Etat des principes dégagés par le Conseil constitutionnel:

[L'obligation de vaccination imposée aux soignants ne porte pas atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé – Conseil d'Etat 28 janvier 2022, AJFP 2022. 155](#)

Politique de vaccination et protection de la santé

Le Conseil d'État **rappelle les conditions auxquelles est subordonnée la conformité d'une politique de vaccination à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé : s'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective, le droit constitutionnel à la protection de la santé n'impose pas de rechercher si l'objectif de protection de la santé poursuivi par le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé** (Cons. const. 20 mars 2015, n° 2015-458 QPC, AJDA 2015. 611 ; D. 2015. 687 ; ibid. 1919, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; ibid. 2016. 674, obs. M. Douchy-Oudot ; ibid. 1461, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano ; AJ fam. 2015. 222, obs. H. Daïmallah ; ibid. 192, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RDSS 2015. 364, obs. D. Cristol).

Objectif

Quant à l'objectif de cette politique de vaccination, le Conseil d'État retient qu'en l'espèce, en adoptant, pour l'ensemble des personnes exerçant leur activité dans les établissements de santé, le principe d'une obligation de vaccination, 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 et protéger la santé des malades qui y étaient hospitalisés** (pt 6).

Moyens

Quant aux moyens retenus pour atteindre l'objectif poursuivi, ils **ne sont pas en l'espèce « manifestement inappropriés »**. Le Conseil d'État retient, d'abord, que le législateur a prévu des **dérogations au profit notamment des personnes qui présentent un certificat médical de contre-indication**, ensuite, que **le pouvoir réglementaire peut, compte tenu de l'évolution de la situation, suspendre cette obligation** et, enfin, que **la vaccination contre la covid-19 n'est susceptible de provoquer que des effets indésirables mineurs et temporaires** (pt 7).

Ainsi, une auteure a jugé que cette décision empruntait au plus grand classicisme de la jurisprudence constitutionnelle :

[Caroline Lantero](#), « La pandémie, l'obligation vaccinale et la géographie hospitalière », *AJDA* 2022, p.1179

La réponse emprunte au plus grand classicisme de la jurisprudence constitutionnelle vise, en particulier, une précédente décision du Conseil constitutionnel qui, en 2015, avait fixé la (large) marge de manoeuvre du législateur en matière de politique de vaccination, le

laissant entièrement libre de la définir et de la faire évoluer selon les données scientifiques, médicales et épidémiologiques à disposition (20 mars 2015, n° 2015-458 QPC, *AJDA* 2015. 611 ; *RDSS* 2015. 364, obs. D. Cristol). Suivant cette ligne, critiquée en son temps (K. Foucher et V. Rachet-Darfeuille, *L'autocensure du Conseil constitutionnel sur l'obligation vaccinale*, *JCP* 2015. 634), le Conseil d'Etat a estimé que ***l'obligation vaccinale était justifiée par une exigence de santé publique et n'était pas manifestement inappropriée à l'objectif poursuivi***. A ce titre, elle ne porte pas atteinte, selon lui, au droit à la protection de la santé garanti par le préambule de la Constitution de 1946 (Cons. const. 12 août 2004, n° 2004-504 DC), au droit à la dignité de la personne humaine (Cons. const. 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, D. 1995. 237, note B. Mathieu ; 205, chron. B. Edelman ; et 299, obs. L. Favoreu ; *RFDA* 1994. 1019, note B. Mathieu ; *RTD civ.* 1994. 831, obs. J. Hauser ; et 840, obs. J. Hauser) ou encore à l'inviolabilité du corps humain (cette position est peut-être moins classique, le Conseil constitutionnel ne l'ayant pas formellement reconnue comme un droit à valeur constitutionnelle).

Le Conseil d'Etat ***a également précisé qu'en cas de non-respect de l'obligation de vaccination, les contrats ou fonctions étaient seulement suspendus et que la loi opérait ainsi une conciliation qui « n'est pas manifestement déséquilibrée entre les exigences constitutionnelles qui découlent du droit à l'emploi » garanti par l'article 14 du préambule de 1946 et du droit à la protection de la santé***. Enfin, le Conseil d'Etat a jugé que l'obligation vaccinale ne portait pas atteinte au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dès lors que la différence de traitement des personnes était justifiée par leur différence de situation (Cons. const. 23 juill. 1996, n° 96-380 DC, *AJDA* 1996. 694, note O. Schrameck). Le « critère géographique » de l'obligation vaccinale, comme l'avait désigné le juge des référés (CE, ord., 30 août 2021, n° 455623), était ici au centre du grief avec, à n'en pas douter, la question des professionnels en contact ou non avec un public vulnérable. Amorcée dans la décision refusant la transmission d'une QPC (CE 28 janv. 2022, n° 457879, préc.), la question de ce critère géographique est entièrement purgée dans les trois décisions du 2 mars 2022.

Toutefois, une autre a relevé que ce faisant, la juridiction administrative « glissait sur la pente du pré-contrôle de constitutionnalité » :

[Anne-Laure Youhnovski Sagon, « Quand le Conseil d'État glisse sur la pente du précontrôle de constitutionnalité : absence de caractère sérieux de la QPC contestant la constitutionnalité de la suspension d'un soignant non vacciné », *JCP \(A\)*, 7 février 2022, Jurisprudence n°118:](#)

Le Conseil d'État aurait-il confondu son rôle de juge du fond avec celui de juge du filtre ? Dans un arrêt du 28 janvier 2022, la Haute instance refuse de transmettre une QPC portant sur la constitutionnalité de la loi instaurant la vaccination obligatoire pour certaines catégories de personnes, et notamment le personnel soignant. (...)

Lors de la saisine a priori sur la loi relative à la gestion de la crise sanitaire, le Conseil constitutionnel ne s'était pas directement prononcé sur l'obligation vaccinale des soignants (Cons. const., 5 août 2021, n° 2021-824 DC, Loi relative à la gestion de la crise sanitaire), ne dissipant pas les doutes véhiculés par certains quant à la constitutionnalité de cette disposition. Par ailleurs, si le Conseil d'État considère que la QPC est dépourvue de caractère sérieux, en est-il de même en référé suspension, lors de l'examen de l'existence d'un " doute sérieux sur la légalité de la décision " (CJA, art. L. 521-1) ? Pour l'heure, il semble que le juge administratif écarte également, dans la majorité des cas, le doute sérieux sur la légalité de la décision contestée en matière de suspension d'un soignant non vacciné (V. toutefois TA Cergy-Pontoise, JR, 4 oct. 2021, n° 2111794 ; *JCP A* 2021, act. 600. En ce sens, v. *JCP A* 2021, act. 649, note O. Magnaval et I. Tamoud).

La même juridiction a de nouveau (par une décision non publiée au recueil *Lebon*) refusé la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel pour les motifs suivants :

[CE, 5e ch, 23 Septembre 2022, n° 462.201](#)

7. Ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2015-458 QPC du 20 mars 2015, il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective, ainsi que de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques. Le droit à la protection de la santé garanti par le préambule de la Constitution de 1946 n'impose pas de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé.

8. En adoptant, notamment pour les professionnels de santé exerçant à titre libéral, 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 de la médecine de ville 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 pris en charge par les professionnels de santé exerçant à titre libéral.

9. Cette 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. Par ailleurs l'article 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. Enfin, la vaccination contre la covid-19, dont l'efficacité au regard des deux objectifs rappelés au point 8. est établie en l'état des connaissances scientifiques, n'est susceptible de provoquer, sauf dans des cas très rares, que des effets indésirables mineurs et temporaires. Dans ces conditions, **la requérante n'est pas fondée à soutenir que les dispositions qu'elle conteste, qui sont justifiées par une exigence de santé publique et ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif qu'elles poursuivent, portent atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé garantie par le préambule de la Constitution de 1946, à l'inviolabilité du corps humain, au principe constitutionnel de respect de la dignité de la personne humaine et à la liberté de conscience et à la liberté d'entreprendre.**

10. En deuxième lieu, d'une part, les dispositions contestées **s'appliquent de manière identique à l'ensemble des personnes qui exercent leur activité professionnelle au sein des établissements de santé et des professionnels de santé** mentionnés à la quatrième partie du code de la santé publique. La circonstance qu'elles font peser sur ces personnes une obligation vaccinale qui n'est pas imposée à d'autres catégories de personnes, notamment aux personnels des entreprises de transports et de la restauration commerciale, constitue, compte tenu des missions des établissements et professionnels de santé et de la vulnérabilité des patients qu'ils prennent en charge, **une différence de traitement en rapport avec cette différence de situation, qui n'est pas manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.**

11. En troisième lieu, les dispositions contestées **ne portent par elles-mêmes aucune atteinte au droit à l'emploi.**

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:

[CE, 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 épargnées 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 Skrzyrbak, 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.

La même juridiction a également rejeté 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 en rejetant les griefs tirés d'une absence de conformité de ces textes aux conventions internationales :

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.

(...)

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.**

Enfin, examinant ces mêmes textes, la cour d'appel de Montpellier, dans l'arrêt précité du 30 novembre 2022, a retenu le raisonnement suivant pour refuser de transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité à la cour de cassation:

Montpellier, 1e ch. soc., 30 novembre 2022, RG n°22/03238

1-12/ Sur la dignité et la protection de la santé et de l'intégrité physique

La salariée reproche au législateur d'avoir tenté de porter atteinte à sa dignité, à sa santé et à son intégrité physique en la forçant à se vacciner. Mais ce grief manque particulièrement de sérieux dès lors qu'elle ne s'est pas fait vacciner et **que la suspension de son contrat de travail était précisément nécessaire pour qu'elle ne porte pas atteinte elle-même à la dignité, à la santé et à la vie des résidents de l'établissement dans lequel elle travaillait.**

L'arrêt précité du 5 juillet dernier, a également refusé de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité relative à la compatibilité de ce texte avec le droit à la protection de la santé :

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.

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.**

Dans notre analyse, la Cour de cassation **a dû, en réalité, tirer profit du caractère imprécis de la QPC soulevée qui ne visait pas en des termes clairs et précis, l'atteinte des articles 12 et 14 II au principe constitutionnel de respect de la dignité de la personne humaine et d'inviolabilité du corps humain.**

En revanche, selon un autre auteur, « *La solution était sur ce terrain prévisible. La force et la densité normative du principe constitutionnel de protection de la santé étant faiblement valorisée en jurisprudence, il apparaissait peu probable qu'une inconstitutionnalité puisse s'appuyer uniquement sur ce fondement* », rappelant à ce titre que « *le juge constitutionnel avait (...) retenu une acception assez peu contraignante à l'égard du législateur du principe de protection de la santé vis-à-vis de la question des vaccins obligatoires, estimant qu'il ne lui appartient pas "de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé"*. »⁸

C'est au regard de ces éléments qu'il conviendra d'apprécier le caractère sérieux des quatrième et cinquième questions.

4.3.2.2.4 - Liberté individuelle, liberté d'opinion et droit de mener une vie familiale normale

1 - liberté individuelle, garantie par les articles 1, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (septième question)

En son article 1^{er}, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. ». L'article 2 dispose que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. ».

En outre, aux termes de l'article 4 de cette Déclaration, la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

⁸ [Loïc Malfettes, « Obligation vaccinale contre le covid-19 : l'inconstitutionnalité écartée », *Dalloz actualités*, 13 septembre 2023](#)

Dans la décision [Cons. const., 12 janvier 1977, décision n°76-75 DC](#), le Conseil constitutionnel a dit que « *la liberté individuelle constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République, et proclamés par le préambule de la Constitution de 1946, confirmé par le préambule de la Constitution de 1958* » (cons. 1).

Il a par la suite précisé que la liberté individuelle est proclamée par les articles 1, 2 et 4 de la Déclaration de 1789, et qu'elle doit toutefois être conciliée avec les autres principes de valeur constitutionnelle ([Cons. const., 27 juillet 1994, décision n°94-343/344 DC](#), cons. 3).

Toutefois, à compter de 1999, le Conseil constitutionnel a rapproché la liberté individuelle non plus de l'application des articles 1, 2 et 4 de la Déclaration de 1789, mais exclusivement à l'article 66 de la constitution, qui dispose que « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. ». Il distingue donc les libertés relevant de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, (telle la liberté d'aller et venir) et celles relevant de la liberté individuelle, seule protégée par l'article 66 de la Constitution. Ainsi, dans une décision [Cons. const., 16 juin 1999, décision n°99-411 DC](#), il a retenu qu'il appartenait au législateur d'assurer la conciliation entre les objectifs de valeur constitutionnelle de prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à l'intégrité physique des personnes, de recherche et la condamnation des auteurs d'infractions, nécessaires à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle, et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent notamment la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir, ainsi clairement distinguées (§2).

Ainsi, selon la doctrine, il est désormais nécessaire de distinguer cette protection de la liberté individuelle, qui, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, a une acception stricte et limitée au droit de ne pas être l'objet de mesures arbitraires de police judiciaire ou administrative, de la liberté personnelle:

[Le principe de liberté personnelle] trouve son fondement dans l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En effet, il vise à protéger l'intimité de l'individu contre les ingérences des tiers et de la société. En ce sens, la liberté personnelle n'est pas un droit à agir mais une forme de protection de l'intimité. C'est le droit, pour son titulaire, de ne pas subir des contraintes excessives. Il a également conduit le Conseil à censurer des dispositions législatives portant atteinte à la vie privée. Rattachée également à l'article 4 de la Déclaration de 1789, la liberté personnelle fonde la liberté du mariage comme la liberté de mettre fin aux liens du mariage qui feront l'objet de développements spécifiques en lien avec le droit constitutionnel de la famille.

Au sens strict du terme, la liberté individuelle est le droit de ne pas être l'objet de mesures arbitraires de police judiciaire ou administrative. Elle a pour fondement l'article 66 de la Constitution. Mais sont également des libertés individuelles, fondées sur la Déclaration de 1789, d'autres libertés comme la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile, la liberté du mariage et la protection de ces libertés individuelles ne relève pas nécessairement du juge judiciaire. Le Conseil a un temps considéré que ces diverses libertés individuelles dériveraient de l'article 66 de la Constitution, ce qui impliquait la compétence du juge judiciaire (par ex. [Cons. const., 12 janv. 1977, n° 76-75 DC](#), cons. 5. - [Cons. const., 29 déc. 1983, n° 83-164 DC](#), cons. 28), mais il est revenu à une conception plus restrictive de la liberté individuelle,

au sens de l'Habeas corpus (Cons. const. 29 déc. 1998, n° 98-405 DC, cons. 60 à 62. - Cons. const., 19 juin 1999, n° 99-411 DC, cons. 2)⁹

Pour une application de cette distinction :

[Cons. const., 28 janvier 2011](#), décision n°2010-92 QPC

6.Considérant, en premier lieu, que l'article 66 de la Constitution prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire, dans les conditions prévues par la loi, la protection de la liberté individuelle ; que la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que les dispositions contestées n'affectent pas la liberté individuelle ; que, dès lors, le grief tiré de la violation de l'article 66 de la Constitution est inopérant ;

Selon le [commentaire](#) de cette décision sur le site du Conseil constitutionnel, « Depuis 1999, le Conseil a circonscrit le champ de la liberté individuelle aux mesures privatives de la liberté (ce qui inclut, compte tenu des conséquences qui s'y attachent, les mesures d'investigations dans le cadre d'une procédure pénale) en en tirant des conséquences plus exigeantes quant à la réserve de compétence du juge judiciaire. Il a, en revanche, rangé la liberté du mariage, la protection du domicile privé, le respect de la vie privée, la liberté d'aller et de venir dans le champ de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. »

Dans le domaine du droit du travail, le Conseil constitutionnel a décidé que « *les modalités de mise en oeuvre des prérogatives reconnues aux organisations syndicales doivent respecter la liberté personnelle du salarié qui, comme la liberté syndicale, a valeur constitutionnelle ;* » ([Cons. const., 25 juillet 1989, décision n°89-257 DC](#), cons. 23). Toutefois, selon Xavier Pretot et [U] Bernaud, « *en droit du travail, peu de décisions ont par la suite fait référence à la liberté personnelle du salarié. Tout au plus est-il possible de mentionner la décision n°99-423 DC du 13 janvier 2000 relative à la seconde loi sur les trente-cinq heures (citée supra n° 24), dans laquelle, aux requérants qui déploraient que "la loi opère, à la place des salariés eux-mêmes, un choix arbitraire de plus de temps libre et de moins de revenus, sans qu'aucun motif d'intérêt général ne justifie cette réduction massive du temps de travail", le Conseil constitutionnel a opposé "que les dispositions critiquées n'ont ni pour objet, ni pour effet de porter atteinte à la liberté personnelle du salarié ; que le grief manque donc en fait" (consid. 36). Dans sa jurisprudence, cette notion de liberté personnelle est, en revanche, présente dans d'autres domaines, notamment en droit des personnes (mariage, adoption, etc.)*¹⁰. »

Dans les décisions relatives à la crise sanitaire, le Conseil constitutionnel a rappelé qu'il appartenait au législateur d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, qui découle du onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, et le respect des droits et libertés constitutionnellement garantis, parmi lesquelles figurent **la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle** protégée par les articles 2 et 4 de la

⁹ [B. Mathieu, Anne-Laure Cassard-Valembos, JurisClasseur Administratif, Fasc. 1449 : Droit constitutionnel civil et des affaires, §72](#)

¹⁰ [Valérie Bernaud, Xavier Pretot, Jurisclasseur administratif, Fasc. 1443 : Droit constitutionnel social, §72](#)

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le droit au respect de la vie privée garanti par cet article 2, ainsi que le droit d'expression collective des idées et des opinions résultant de l'article 11 de cette déclaration.

Examinant les dispositions permettant au Premier ministre de subordonner à la présentation d'un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19 l'accès des personnes âgées d'au moins seize ans à certains lieux, établissements, services ou événements où sont exercées des activités de loisirs et des activités de restauration ou de débit de boissons ainsi qu'aux foires, séminaires et salons professionnels, aux transports publics interrégionaux pour des déplacements de longue distance et à certains grands magasins et centres commerciaux, le Conseil constitutionnel a relevé l'absence d'atteinte à la liberté personnelle, sous réserve que la possibilité de la présentation cumulée d'un justificatif de statut vaccinal et du résultat d'un examen de dépistage virologique ne conduisant pas à une contamination par la covid-19, ne s'applique pas aux déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux ([Cons. const., décision n°2022-835 DC du 21 janvier 2022](#)).

2 - liberté d'opinion, de conscience et de pensée, garantie par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'alinéa 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (sixième question)

Aux termes de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.

Le Conseil constitutionnel a considéré que le fait qu'un chef de service d'un établissement public de santé ne puisse s'opposer à ce que des interruptions volontaires de grossesse soient effectuées dans son service ne contrevient pas à cette liberté, dès lors qu'il conserve le droit de ne pas en pratiquer lui-même, ce qui sauvegarde sa liberté, qui relève de sa conscience personnelle et ne saurait s'exercer aux dépens de celle des autres médecins et membres du personnel hospitalier qui travaillent dans son service, ces dispositions concourant par ailleurs au respect du principe constitutionnel d'égalité des usagers devant la loi et devant le service public ([Cons. const., 27 juin 2001, décision n°2001-446 DC](#), cons. 15).

La deuxième phrase de l'alinéa 5 du préambule de la constitution de 1946, énonce que « *Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.* »

Dans la décision [Cons. const., 23 novembre 1977, décision n°77-87 DC](#) (cons.5), le Conseil constitutionnel faisant référence à ce texte a en outre relevé que la liberté de conscience doit être regardée comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (également rappelé dans [Cons. const., 27 juin 2001, décision n°2001-446 DC](#), cons. 13, et [Cons. const., 18 oct. 2013, décision n°2013-353 QPC](#), cons. 7, qui précise que ce principe est « au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit »). Le Conseil constitutionnel s'assure que le législateur opère une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, cette interdiction, et d'autre part, l'objectif de valeur constitutionnelle poursuivi par le législateur (par exemple, l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle conçue, non seulement pour protéger la

société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion - [Cons. const., 14 juin 2013, décision n°2013-320/321 QPC](#), ou pour un exemple dans le domaine proche de la composante « religieuse » de la liberté de conscience, la prévention des atteintes à l'ordre public, [Cons. const., 29 mars 2018, décision n°2017-695 QPC](#), cons.43).

Le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions subordonnant à la présentation d'un « passe sanitaire » l'accès à des réunions qui présentent un risque accru de propagation de l'épidémie du fait de la rencontre ponctuelle d'un nombre important de personnes susceptibles de venir de lieux éloignés uniquement au regard du droit d'expression **collective** des idées et opinions:

[Cons. const., 21 janvier 2022](#), décision n°2022-835 DC

70. Les dispositions du F du paragraphe II de l'article 1er de la loi du 31 mai 2021 prévoient que, hors les cas où le Premier ministre a subordonné l'accès de certains lieux à la présentation d'un « passe » vaccinal ou sanitaire, nul ne peut exiger la présentation d'un tel document pour l'accès à d'autres lieux.

71. Les dispositions contestées prévoient que, par dérogation, la personne responsable de l'organisation d'une réunion politique peut en subordonner l'accès à la présentation soit du résultat négatif d'un examen de dépistage virologique, soit d'un justificatif de statut vaccinal, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination.

72. En adoptant ces dispositions, le législateur a entendu permettre que soit subordonné à la présentation d'un « passe sanitaire » l'accès à des réunions qui présentent un risque accru de propagation de l'épidémie du fait de la rencontre ponctuelle d'un nombre important de personnes susceptibles de venir de lieux éloignés. Il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

73. Toutefois, contrairement aux dispositions qui précisent les conditions dans lesquelles le Premier ministre peut subordonner l'accès de certains lieux à la présentation de documents sanitaires, les dispositions contestées n'ont soumis l'édiction de telles mesures par l'organisateur de la réunion politique ni à la condition qu'elles soient prises dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre l'épidémie de covid-19, ni à celle que la situation sanitaire les justifie au regard de la circulation virale ou de ses conséquences sur le système de santé, ni même à celle que ces mesures soient strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu.

74. Dans ces conditions, les dispositions contestées n'opèrent pas une conciliation équilibrée entre les exigences constitutionnelles précitées.

75. Par conséquent, les quatrième et cinquième alinéas du g du 2 ° du paragraphe I de l'article 1er de la loi déferée sont contraires à la Constitution.

Dans l'arrêt précité du 30 novembre 2022, la cour d'appel de Montpellier avait également considéré comme ne présentant pas un caractère sérieux la question prioritaire de constitutionnalité relative à la violation alléguée de la liberté d'opinion.

Montpellier, 1e ch. soc., 30 novembre 2022, RG n°22/03238

1-10/ Sur la liberté d'opinion, de conscience et de pensée

La salariée fait valoir que nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.

Mais ce grief se trouve dépourvu de sérieux dès lors que la politique sanitaire qui a conduit à l'adoption de la disposition contestée ne s'est fondée ni sur des opinions ni sur des croyances

mais sur des données médicales elles-mêmes basées sur des preuves admises par la majorité de la communauté scientifique. De ce fait, une telle politique, et sa traduction en prescriptions juridiques, ne sauraient avoir d'impact dans le domaine des croyances et des opinions, domaine justement protégé par la liberté de conscience.

(...)

La liberté d'opinion protège sans nul doute de tels raisonnements généraux à supposer même qu'on ne les partage pas.

Pour autant, leur agrégation autour de l'obligation vaccinale contre la covid-19 imposée aux seuls personnels des entreprises prenant en charge des populations fragiles n'est rendue possible qu'au moyen d'un biais intellectuel bien spécifique tenant au prétendu danger des nouveaux vaccins et à la prétendue absence d'impact de la vaccination sur la transmission de la maladie, deux affirmations qui devaient se révéler manifestement erronées.

Une fois admis, comme toutes les données scientifiques aujourd'hui disponibles l'indiquent, que la vaccination contre la covid-19 ne présente que de très faibles risques sanitaires et qu'elle permet bien de diminuer de manière significative la transmission de la maladie, les considérations générales précitées se désolidarisent de la question posée par la salariée et l'examen de cette dernière se réduit à celui des 12 griefs précités tel qu'il vient d'être mené jusqu'à sa conclusion retenant l'absence de sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité.

Il sera enfin surabondamment relevé que depuis la dernière grande épidémie de grippe des années 1968-1969 le développement historique des droits de l'individu, dont la salariée sollicite aujourd'hui la protection, explique en bonne part, et tout à l'inverse de ses prétentions, la vigueur inédite du contrôle social dont elle se plaint.

Enfin, notre chambre, dans l'arrêt précité du 5 juillet 2023, a également refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relatives à la compatibilité avec l'interdiction de léser un travailleur dans son emploi en raison de ses opinions:

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

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.

3 - droit de mener une vie familiale normale, garanti par l'alinéa 10 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (huitième question)

Le dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 dispose : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».

Le Conseil constitutionnel considère que le droit de mener une vie familiale normale résulte de ces dispositions ([Cons. const., 13 août 1993, décision n°93-325 DC](#), cons.69-70, [Cons. const., 6 octobre 2010, décision n°2010-39 QPC](#), cons. 7 et en dernier lieu [Cons. const., 9 juin 2023, décision n°2023-1053 QPC](#), cons. 8).

Dans le domaine du droit des étrangers, le Conseil constitutionnel estime « qu'il résulte de cette disposition que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; que ce droit comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publique lesquelles revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle » (Cons. const., 13 août 1993, décision n°93-325 DC, cons.69-70), et qu'il « appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à toutes les personnes qui résident sur le territoire de la République. Parmi ces droits et libertés figurent la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 2 de cette déclaration, et le droit de mener une vie familiale normale, qui résulte du dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946. » (par exemple, Cons. const., 1er décembre 2017, décision n°2017-674 QPC, cons. 4, Cons. Const., 6 septembre 2018, décision n°2018-770 DC, cons. 87). Une telle conciliation doit également être opérée s'agissant de la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence (Cons. const., 9 juin 2017, décision n°2017-635 QPC), ou encore dans le cas de la création d'une « mesure de sûreté » applicable aux auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, même dépourvue de caractère punitif, le Conseil précisant que « les atteintes portées à l'exercice de ces droits et libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi. » (Cons. const., 7 août 2020, décision n°2020-805 DC).

La doctrine s'accorde sur la portée limitée du droit à mener une vie familiale normale, hors les hypothèses limitées du droit des étrangers et des détenus. Ainsi, selon Mme Bernaud et le Professeur Pretot¹¹, *"La portée de ces dispositions demeure sujette à interrogation, faute pour le constituant d'avoir précisé, en particulier, la conception de la famille qu'il entendait promouvoir (F. Monéger, Commentaire du dixième alinéa. Le préambule de la Constitution de 1946 [dir. G. Conac, X. Prétot et G. Teboul] : Dalloz, 2001, p. 241). L'interprétation que retient le Conseil constitutionnel de ces dispositions n'est sur ce point guère plus riche d'enseignements. Certes, c'est au regard des dispositions du dixième alinéa du préambule de 1946 que le Conseil constitutionnel s'est interrogé, d'ailleurs pour en admettre l'innocuité, sur la conformité à la Constitution des dispositions qui restreignent le bénéfice du regroupement familial pour les étrangers polygames(...) Plus généralement, les dispositions du dixième alinéa du préambule de 1946 n'ont guère d'incidence sur les règles qui déterminent le droit des personnes et de la famille. Le Conseil constitutionnel a énoncé ainsi que les dispositions des dixième et onzième alinéas n'étaient pas méconnues par le régime du pacte civil de solidarité, le législateur ayant la faculté d'instituer un tel contrat sans pour autant réformer la législation relative au droit de la filiation, ni celle portant sur la condition juridique du mineur (...). De même ne font-elles pas obstacle à ce que les conditions du développement de la famille soient assurées par des dons de gamètes ou d'embryons dans les conditions définies par la loi (...). De même, s'il a fait mention des dispositions du dixième alinéa du préambule dans une décision récente relative*

¹¹ [JurisClasseur Administratif, Fasc. 1443 : Droit constitutionnel social, § 96](#)

au régime de l'adoption, le Conseil constitutionnel n'en a pas moins admis l'innocuité au regard de celles-ci des dispositions de l' article 365 du Code civil relatif aux effets de l'adoption sur l'exercice de l'autorité parentale (...)."

Selon le Professeur Bertrand Mathieu et Mme Cassard-Valembos¹², *"Ce droit a une portée assez circonscrite. Il a particulièrement vocation à s'appliquer dans les cas où la loi empêche les membres d'une même famille de vivre ensemble. (...). La protection du droit à une vie familiale normale concerne notamment les personnes détenues et les étrangers."*

Ainsi, ce droit ne s'oppose pas à ce que le législateur définisse de nouvelles règles de dérogation au repos dominical (Cons. const., 6 août 2009, n° 2009-588 DC, cons. 8) »

La chambre déterminera au regard de ces références si les sixième, septième et huitième question doivent être transmises au Conseil constitutionnel.

4.3.2.2.5 - droit de propriété, liberté d'entreprendre, liberté contractuelle et principe de sécurité juridique

1 - droit de propriété, garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (neuvième question)

Le Conseil constitutionnel reconnaît l'existence d'une protection constitutionnelle du droit de propriété en s'appuyant, d'une part, sur l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, aux termes duquel « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. », et sur l'article 17 du même texte, précisant que « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. ».

Aux termes de la décision [Cons. const., 16 janvier 1982, décision n°81-132 DC](#), qui a reconnu cette valeur constitutionnelle, le Conseil a précisé que « *si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ;* ».

Plusieurs décisions postérieures ont repris le rappel de ce que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée par

¹² [JurisClasseur Administratif, Fasc. 1449 : Droit constitutionnel civil et des affaires, §101](#)

une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général ([Cons. const., 25 juillet 1989, décision n°89-256 DC](#) , cons.18,, [Cons. const., 27 juillet 2006, décision n°2006-540 DC](#), cons. 15, [Cons. const., 6 février 2015, décision n°2014-449 QPC](#), cons. 6).

La protection du droit de propriété porte non seulement sur la propriété corporelle, mobilière comme immobilière, mais aussi sur les droits de propriété intellectuelle (s'agissant, par exemple, du droit, pour les titulaires du droit d'auteur et de droits voisins, de jouir de leurs droits de propriété intellectuelle et de les protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France, [Cons. const., 10 juin 2009, décision n°2009-580 DC](#), cons. 13) et en particulier les créances. Ainsi, le Conseil constitutionnel a examiné au titre de l'atteinte portée au droit de propriété:

- l'atteinte aux des droits des créanciers professionnels concernés par la déclaration d'affectation de patrimoine ([Cons. const., 10 juin 2010, décision n°2010-607 DC](#), cons. 9),

- le transfert d'office des portefeuilles de contrats ou de bulletins d'adhésion constitués par une personne dans l'exercice de l'activité d'assurance relèvent de sa protection ([Cons. const., 6 février 2015, décision n°2014-449 QPC](#), cons. 6);

- la possibilité pour la commission de surendettement d'imposer le rééchelonnement d'une créance et son effacement partiel ou total ([Cons. const., 17 novembre 2016, décision n°2016-739 DC](#), cons.74),

- ou encore, de dispositions qui limitent la possibilité pour le créancier d'un État étranger d'obtenir la mise en œuvre des mesures conservatoires ou d'exécution forcée sur un bien appartenant à cet État, et qui de ce fait portent atteinte au droit de propriété de ce créancier [Cons. const., 8 décembre 2016, décision n°2016-741 DC](#), cons. 68).

La jurisprudence du Conseil constitutionnelle distingue:

- d'une part, **la privation du droit de propriété**, qui aux termes de l'article 17 précité, ne peut intervenir qu'à la double condition d'une nécessité publique (nécessité sur laquelle le Conseil exerce, selon le [commentaire](#) de la décision [Cons. const., 14 novembre 2014, décision n°2014-426 QPC](#), un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation) et d'une juste et préalable indemnité, c'est à dire couvrant « l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain » causé par la privation de propriété ([Cons. const., 25 juillet 1989, décision n°89-256 DC](#), cons.19, [Cons. const., 13 février 2015, décision n°2014-451 QPC](#), cons. 5), et avant le jour envisagé pour le transfert de propriété ([Cons. const., 16 janvier 1982, décision n°81-132 DC](#), cons. 49), le propriétaire devant en cas de désaccord sur la fixation du montant de l'indemnisation, disposer d'une voie de recours appropriée.

- d'autre part, les **simples limitations apportés à l'exercice du droit de propriété**; le Conseil estime qu' « *il résulte (...) de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ;* » ([Cons. const., 12 novembre 2010, décision n°2010-60 QPC](#), cons. 3, [Cons. const., 6 avril 2018, décision n°2018-698 QPC](#), cons. 10), ou encore « qu'il ne peut être apporté de limitations à l'exercice de ce droit qu'à la double condition que ces limitations obéissent à des fins d'intérêt général et n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée du droit de propriété s'en trouveraient dénaturés » (s'agissant du droit de chasse, qui se rattache au droit d'usage, attribut du droit de propriété, [Cons. const., 20 juillet 2000, décision n°2000-434 DC](#), cons. 24).

Selon le [commentaire](#) de la décision [Cons. const., 31 juillet 2020, décision n°2020-853 QPC](#), « *le contrôle du Conseil sur les atteintes portées à l'exercice du droit de propriété est triple.*

- *D'une part, le Conseil veille à ce que l'atteinte soit bien justifiée par un motif d'intérêt général.*

- *D'autre part, il s'attache à ce que les limites apportées à l'exercice du droit de propriété soient bien proportionnées à l'objectif poursuivi. (...) L'absence de proportionnalité peut également découler de ce que le législateur n'a prévu aucune garantie ni fixé aucune règle encadrant l'atteinte portée à l'exercice du droit de propriété.*

- *Enfin, le Conseil s'assure également que les limitations apportées à l'exercice du droit de propriété n'aboutissent pas à en dénaturer le sens et la portée.(...) ».*

Au titre des motifs d'intérêts général pouvant justifier une atteinte à l'exercice du droit de propriété, ont notamment été admis:

- les mesures destinées à garantir à tous, conformément au onzième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, « la protection de la santé » ([Cons. const., 8 janvier 1991, décision n°90-283 DC](#), cons. 8),

- l'objectif de protection de la santé ([Cons. const., 21 janvier 2016, décision n°2015-727 DC](#), cons. 21)

- la protection de personnes dont il a estimé que, compte tenu de leur état de santé, elles étaient placées dans une situation de particulière vulnérabilité vis-à-vis du risque de captation d'une partie de leurs biens par ceux qui leur prodiguaient des soins ([Cons. const., 29 juillet 2022, décision n°2022-1005 QPC](#), cons. 5).

2 - principe de sécurité juridique, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (première question)

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Le Conseil constitutionnel déduit de ce texte que si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions, qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de valeur constitutionnelle, et qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie ([Cons. const., 11 juin 2010, décision n°2010-2 QPC](#), cons. 22, [Cons. const., 14 octobre 2010, décision n°2010-53 QPC](#), cons. 4).

En outre, le Conseil constitutionnel, à l'occasion de la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, a protégé l'équilibre des conventions, expression de la liberté contractuelle, comme composante de la liberté d'entreprendre, en décidant que « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle*

méconnaissse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » (Cons. const., 10 juin 1998, décision n°98-401 DC, cons. 29)

Il a ensuite rattaché ce même principe à l'article 16 de la Déclaration de 1789, en indiquant s'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 (Cons. const., 13 janvier 2003, décision n°2002-465 DC, cons. 4, Cons. const., 13 décembre 2012, décision n°2012-659 DC, cons.79 et Cons. const., 21 mars 2018, décision n°2018-761 DC, cons 19).

Selon le Professeur B. Mathieu et Mme A.-L. Cassard-Valembos¹³, le Conseil constitutionnel *"a ainsi renforcé le fondement de l'article 4 par celui de l' article 16 de la Déclaration de 1789 , ce qui d'une part témoigne d'une mise en perspective de cette liberté avec l'exigence de sécurité juridique dans la mesure où la sécurité juridique dérive conceptuellement de l'exigence de garantie des droits sise à l'article 16 et d'autre part aboutit à une protection effective de la stabilité des relations contractuelles."*

Dans le répertoire de droit du travail, Mme Bauduin¹⁴ précise que cette évolution traduit en réalité un contrôle plus poussé de l'intervention du législateur dans les contrats en cours.

Dans ce nouveau considérant, qui n'a plus varié depuis, le Conseil a donc abandonné toute référence à l'économie des contrats ainsi qu'au caractère manifeste de l'atteinte. Par là-même, il a durci son contrôle en laissant suggérer qu'une atteinte injustifiée, quelle qu'elle soit, à un élément contractuel peut suffire à entraîner l'inconstitutionnalité de la disposition législative en cause. Par ailleurs, dans la décision de 2003, le fondement du respect des contrats en cours ne se limite plus à l'article 4 de la Déclaration de 1789, mais se trouve également garanti sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Enfin, le Conseil contrôle le caractère suffisant du motif d'intérêt général avancé par le législateur. Par cette formule, le Conseil constitutionnel entend opérer un contrôle plus poussé, alors que le motif d'intérêt général est traditionnellement laissé à l'appréciation du législateur. Paradoxalement, alors que c'est la législation sociale qui a permis au Conseil constitutionnel d'élaborer sa jurisprudence relative à la protection due aux conventions légalement formées, le Conseil constitutionnel a très largement admis les atteintes portées par le législateur à la pérennité du contrat de travail.

3 - liberté d'entreprendre et liberté contractuelle, garanties par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (dixième question)

Aux termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789, « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de

¹³ [JurisClasseur Administratif, Fasc. 1449 : Droit constitutionnel civil et des affaires, § 122](#)

¹⁴ [Répertoire de droit du travail Dalloz, v° Droit constitutionnel du travail, §97](#)

chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

Le Conseil constitutionnel a tiré de ce texte la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre dans une décision [Cons. const., 16 janvier 1982, décision n°81-132 DC](#) en énonçant « *que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* » (cons. 16). Il a également reconnu que cette liberté était invocable à l'appui d'une QPC ([Cons. const., 18 octobre 2010, décision n°2010-55 QPC](#), cons. 4).

Selon le [commentaire](#), sur le site du Conseil constitutionnel, de la décision [Cons. const., 7 mai 2021, décision n°2021-904 QPC](#) « La jurisprudence du Conseil constitutionnel la protège dans ses deux composantes traditionnelles : la liberté d'accéder à une profession ou une activité économique et la liberté dans l'exercice de cette profession et de cette activité. Au titre de cette seconde composante, le Conseil a reconnu la liberté d'embaucher en choisissant ses collaborateurs, de licencier, de faire de la publicité commerciale ou de fixer ses tarifs. ».

Le Conseil constitutionnel considère toutefois que cette liberté n'est ni générale, ni absolue; ainsi, il juge « *qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* » ([Cons. const., 16 janvier 2001, décision n°2000-439 DC](#), cons. 14)

Cette formulation est utilisée de manière constante par le Conseil constitutionnel (pour des exemples [Cons. const., 18 octobre 2010, décision n°2010-55 QPC](#), précitée, cons. 4, [Cons. const., 5 août 2021, décision n°2021-824 DC](#), cons. 60, [Cons. const., 16 juin 2023, décision n°2023-1055 QPC](#), cons 6)

Le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel d'une disposition législative au regard de la liberté d'entreprendre a été résumé de la façon suivante dans le [commentaire](#) de la décision [Cons. const., 31 janvier 2020, décision n°2019-823 QPC](#) : « *le Conseil constitutionnel s'interroge sur l'existence d'une atteinte à la liberté d'entreprendre avant de rechercher l'existence d'un motif d'intérêt général ou d'une exigence constitutionnelle de nature à la justifier. S'il a répondu par l'affirmative à ces deux premières questions, alors il devra déterminer si l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre est proportionnée à l'objectif poursuivi* ».

Lorsqu'il constate une atteinte à la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel vérifie ensuite qu'il existe une exigence constitutionnelle ou un motif d'intérêt général qui serait de nature à la justifier.

Parmi les exigences constitutionnelles pouvant justifier une telle atteinte, le Conseil constitutionnel a notamment admis les exigences du onzième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 relatives à « la protection de la santé » ([Cons. const., 25 janvier 2013, décision n°2012-290/291 QPC](#), cons. 16,

cons. 11, [Cons. const., 21 janvier 2016 décision n°2015-727 DC](#), cons. 11, [Cons. const., 4 août 2016, décision n°2016-737 DC](#), cons. 39), y compris l'objectif de garantie du bon fonctionnement du service public hospitalier qui participe de cet objectif de valeur constitutionnelle ([Cons. const., 9 décembre 2022, décision n°2022-1027/1028 QPC](#), cons. 9) ou encore celles du dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ([Cons. const., 5 août 2011, décision n°2011-157 QPC](#)), et l'objectif de valeur constitutionnel protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, tiré du préambule de la Charte de l'environnement ([Cons. const., 31 janvier 2020, décision n°2019-823 QPC](#), cons. 4). La protection de l'environnement et de la santé publique était, avant cette décision, admis comme motif d'intérêt général pouvant également justifier une telle limitation ([Cons. const., 25 octobre 2018, décision n°2018-771 DC](#), cons. 19).

Ainsi que le souligne le [commentaire](#) de la décision [Cons. const., décision n°2019-823 QPC du 31 janvier 2020](#) : « *[l]'étape du contrôle de la justification de l'atteinte par un motif d'intérêt général ou une exigence constitutionnelle en lien direct avec l'objectif poursuivi est importante puisque l'inconstitutionnalité de la disposition peut être acquise à ce stade si un tel lien n'existe pas ou est trop indirect* ».

Enfin, le Conseil constitutionnel procède à un contrôle de proportionnalité, pour vérifier si l'atteinte est proportionnée à l'objectif poursuivi, en distinguant la nature de son contrôle selon la justification retenue: s'il s'agit d'un objectif à valeur constitutionnel, le Conseil, qui rappelle qu'il ne lui appartient pas « *de rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé* » opère un contrôle restreint, en recherchant si la conciliation entre ces exigences n'est pas manifestement déséquilibrée, alors que face à un motif d'intérêt général, il opère un contrôle entier de la disproportion.

En outre, il sera rappelé que le Conseil constitutionnel, à l'occasion de la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, a protégé l'équilibre des conventions, expression de la liberté contractuelle, comme composante de la liberté d'entreprendre, en décidant que « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* » ([Cons. const., 10 juin 1998, décision n°98-401 DC](#), cons. 29).

Le Professeur Gadhoun a retenu que cette décision constituait l'un des aspects de la liberté contractuelle reconnue par le Conseil constitutionnel, au côtés de la liberté contractuelle « classique » (en ses trois composantes : liberté de contracter, liberté de choisir le contenu du contrat et liberté de choisir le partenaire contractuel), et visant à protéger la pérennité des conventions; selon cet auteur, « *elle contraint le législateur à ne pas porter atteinte aux contrats conclus sous le ciel d'une précédente législation en adoptant une nouvelle loi qui s'appliquerait tout de suite – ou pire rétroagirait – à l'égard des situations contractuelles en cours. Car en faisant cela, le législateur remet justement en cause la liberté contractuelle qui est à la source des contrats et qui permet « légalement » la naissance d'un engagement. Il faut bien comprendre à ce titre que la liberté contractuelle, contrairement à*

*beaucoup d'autres libertés, a pour finalité de créer une norme qui bien souvent se prolongera dans le temps. Et dès l'instant où une nouvelle loi vient heurter et bousculer cette norme, elle frappe en même temps la liberté contractuelle à la base des conventions.*¹⁵ »

Toutefois, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus (cf. développements sur le principe de sécurité juridique), le fondement donné par le Conseil de constitutionnel à cette protection de la liberté a évolué, le Conseil constitutionnel rattachant également ce même principe à l'article 16 de la Déclaration de 1789, en indiquant que, s'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 ([Cons. const., 13 janvier 2003, décision n°2002-465 DC, cons. 4](#), [Cons. const., 13 décembre 2012, décision n°2012-659 DC, cons.79](#) et [Cons. const., 21 mars 2018, décision n°2018-761 DC, cons 19](#)).

Il sera rappelé que Mme Bauduin¹⁶ précise que cette évolution traduit en réalité un contrôle plus poussé de l'intervention du législateur dans les contrats en cours;

Dans ce nouveau considérant, qui n'a plus varié depuis, le Conseil a donc abandonné toute référence à l'économie des contrats ainsi qu'au caractère manifeste de l'atteinte. Par là-même, il a durci son contrôle en laissant suggérer qu'une atteinte injustifiée, quelle qu'elle soit, à un élément contractuel peut suffire à entraîner l'inconstitutionnalité de la disposition législative en cause. Par ailleurs, dans la décision de 2003, le fondement du respect des contrats en cours ne se limite plus à l'article 4 de la Déclaration de 1789, mais se trouve également garanti sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Enfin, le Conseil contrôle le caractère suffisant du motif d'intérêt général avancé par le législateur. Par cette formule, le Conseil constitutionnel entend opérer un contrôle plus poussé, alors que le motif d'intérêt général est traditionnellement laissé à l'appréciation du législateur. Paradoxalement, alors que c'est la législation sociale qui a permis au Conseil constitutionnel d'élaborer sa jurisprudence relative à la protection due aux conventions légalement formées, le Conseil constitutionnel a très largement admis les atteintes portées par le législateur à la pérennité du contrat de travail.

Le Conseil constitutionnel s'est prononcé à plusieurs reprises sur la conciliation des dispositions prises par le législateur au cours de la période d'état d'urgence sanitaire avec la liberté d'entreprendre, en retenant que les atteintes à cette liberté étaient proportionnées à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé poursuivi. Ainsi, dès le 11 mai 2020, il a admis des limitations à la liberté d'entreprendre proportionnées à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé ([Cons. const., 11 mai 2020, décision n°2020-800 DC, §16-23](#), puis [Cons. const., 31 mai 2021, décision n°2021-819 DC, cons. 6-9](#))

Lors de l'adoption de la loi du n°2021-1040 du 5 août 2021, le Conseil constitutionnel, s'il n'a pas statué sur les dispositions contestées, a déclaré conforme

¹⁵ [JurisClasseur Civil Annexes - Encyclopédies - V° Libertés - Fasc. 20 : LIBERTÉS. – Liberté contractuelle, § 164](#)

¹⁶ [Répertoire de droit du travail Dalloz, v° Droit constitutionnel du travail, §97](#)

à la Constitution la prorogation du régime de sortie de crise, aux motifs suivants, rappelant les objectifs que le législateur poursuivait en adoptant cette loi :

[Cons. const., 5 août 2021](#), décision n°2021-824 DC

28. Il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et libertés reconnus à toutes les personnes qui résident sur le territoire de la République.

29. En premier lieu, en prévoyant la prorogation du régime de gestion de la sortie de crise sanitaire, **le législateur a entendu permettre aux pouvoirs publics de prendre des mesures visant à lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19. Il a estimé, au regard de la dynamique de l'épidémie, du rythme prévisible de la campagne de vaccination et de l'apparition de nouveaux variants du virus plus contagieux, qu'un risque important de propagation de l'épidémie persisterait jusqu'au 15 novembre 2021. Cette appréciation est corroborée par les avis des 6 et 16 juillet 2021 du comité de scientifiques prévu par l'article L. 3131-19 du code de la santé publique.** Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause l'appréciation par le législateur de ce risque, dès lors que, comme c'est le cas en l'espèce, cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de la situation présente.

30. En second lieu, en vertu du premier alinéa des paragraphes I et II de l'article 1er de la loi du 31 mai 2021, les mesures susceptibles d'être prononcées dans le cadre du régime de gestion de la sortie de crise sanitaire ne peuvent être prises que dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19. Selon le paragraphe IV de ce même article, elles doivent être strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires. Le juge est chargé de s'assurer que de telles mesures sont adaptées, nécessaires et proportionnées à la finalité qu'elles poursuivent.

31. Il résulte de ce qui précède que le législateur a pu, sans méconnaître aucune exigence constitutionnelle, proroger le régime de gestion de la sortie de crise sanitaire jusqu'au 15 novembre 2021. Par conséquent, les mots « 15 novembre 2021 » figurant au premier alinéa du paragraphe I de l'article 1er de la loi du 31 mai 2021 sont conformes à la Constitution.

(...)

60. Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

61. En premier lieu, en autorisant le Premier ministre à subordonner l'accès de certains lieux, établissements, services ou événements à la présentation d'un « passe sanitaire », le législateur a entendu permettre aux pouvoirs publics de prendre des mesures visant à limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 et à assurer un contrôle effectif de leur respect. Il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

62. En deuxième lieu, les dispositions contestées se limitent à imposer à l'exploitant d'un lieu ou d'un établissement ou au professionnel responsable d'un événement de contrôler la détention par ses clients d'un « passe sanitaire », sous format papier ou numérique. S'il peut en résulter une charge supplémentaire pour les exploitants, la vérification de la situation de chaque client peut être mise en œuvre en un temps bref.

63. Dès lors, en imposant une telle obligation, les dispositions contestées ne portent pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.

Enfin, concernant la possibilité offerte au Premier ministre de subordonner l'exercice de certaines activités à la présentation d'un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19, le Conseil constitutionnel a relevé que les dispositions de la loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique opéraient une conciliation équilibrée avec, notamment, la liberté d'entreprendre ([Cons. const., 21 janvier 2022, décision n°2022-835 DC](#), précitée, §27-37).

Le caractère sérieux des première, neuvième et dixième questions sera apprécié par la Cour de cassation au regard de ces observations.

4.3.2.2.6 - principe valeur constitutionnelle de proportionnalité des peines et des sanctions, garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (onzième question)

L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée »

Appliquant cet article, le Conseil constitutionnel recherche « l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue » ([Cons. const., 3 septembre 1986, décision n°86-215 DC](#), cons. 7, et pour un exemple dans lequel une telle disproportion manifeste a été relevée: [Cons. const., 22 juillet 2016, décision n°2016-554 QPC](#)).

Concernant l'autorisation donnée aux officiers de police judiciaire de procéder ou faire procéder aux opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête. « il ressort de ses termes mêmes, éclairés par les débats parlementaires, que l'expression « prélèvement externe » fait référence à un prélèvement n'impliquant aucune intervention corporelle interne ; qu'il ne comportera donc aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés ; que manque dès lors en fait le moyen tiré de l'atteinte à l'inviolabilité du corps humain ; que le prélèvement externe n'affecte pas davantage la liberté individuelle de l'intéressé ; qu'enfin, le prélèvement étant effectué dans le cadre de l'enquête et en vue de la manifestation de la vérité, il n'impose à la « personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction » aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire ; » « en l'absence de voies d'exécution d'office du prélèvement et compte tenu de la gravité des faits susceptibles d'avoir été commis, le législateur n'a pas fixé un quantum disproportionné pour le refus de prélèvement » ([Cons. const., 13 mars 2003, décision n°2003-467 DC](#), loi pour la sécurité intérieure cons. 55 et 57)

Par ailleurs, le principe de la nécessité des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature disciplinaire ou administrative en application de corps de règles distincts devant leurs propres ordres de juridictions ; que, si l'éventualité que soient engagées deux procédures peut ainsi conduire à un cumul des sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas

le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ([Cons. const., 17 janvier 2013 décision n°2012-289 QPC](#), cons. 3, [Cons. const., 18 mars 2015, décision n°2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC](#), cons 19)

Selon le Conseil constitutionnel, les principes ainsi énoncés concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étendent « nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire » ([Cons. const., 30 décembre 1982, décision n°82-155 DC](#), cons. 33, [Cons. const., 17 janvier 2013, décision n°2012-289 QPC](#), cons. 3, [Cons. const., 18 mars 2015, décision n°2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC](#), cons 19).

Toutefois, selon Xavier Prétot, le Conseil constitutionnel « *hésite, incontestablement, à étendre aux mesures de toute nature dont le droit social pourtant abonde, la qualification de sanction à caractère de punition, sans que l'on perçoive les raisons de cette attitude* »¹⁷. Ainsi, il n'a pas retenu la qualification de sanction ayant le caractère d'une punition:

- à la majoration du montant de la contribution spéciale mise à la charge des employeurs en cas de rupture du contrat de travail des salariés âgés, qui a le caractère d'une cotisation sociale (contribution dite « Delalande », [Cons. const., 29 juillet 1992, décision n°92-311 DC](#), cons. 6),

- à la contribution mise à la charge des entreprises exploitant des spécialités pharmaceutiques, au cas où leur chiffre d'affaires d'ensemble s'est accru d'un pourcentage excédant le taux de progression de l'objectif national de dépenses d'assurance maladie, qui a le caractère d'une imposition ([Cons. const., 18 décembre 1998 décision n°98-404 DC](#), cons. 24),

- à la suspension des allocations familiales les parents du mineur placé dans un centre éducatif fermé ([Cons. const., 29 août 2002, décision n°2002-461 DC](#), cons. 59)

- à l'indemnité de travail dissimulé mise à la charge de l'employeur par l'article L. 8223-1 du code du travail en cas de licenciement d'un salarié ([Cons. const., 25 mars 2011, décision n°2011-111 QPC](#), cons. 4),

- au licenciement auquel est tenu de procéder l'employeur, en application de l'article L.773-20 du code du travail devenu article L.423-8 du code de l'action sociale et des familles, en cas de perte de l'agrément ([Cons. const., 1er avril 2011, décision n°2011-119 QPC](#), cons. 3),

- à l'inéligibilité attachée de plein droit au prononcé d'une peine d'interdiction ou de destitution ([Cons. const., 27 janvier 2012, décision n°2011-211 QPC](#), cons.4).

Il a également décidé que l'interdiction, faite par L. 6152-5-1 du code de la santé publique à certains praticiens d'un établissement public de santé d'exercer, dans un périmètre déterminé, une activité rémunérée dans un établissement de santé privé à but lucratif, un cabinet libéral, un laboratoire de biologie médicale privé ou une officine de pharmacie, dont la quotité de travail était au minimum de 50 %, lorsqu'ils quittent l'établissement public au sein duquel ils exerçaient à titre principal, qui ont pour objet de réguler l'installation de praticiens à proximité des établissements publics de santé afin de préserver l'activité de ces établissements qui, en application de l'article L. 6112-3 du code de la santé publique, assurent le service public hospitalier, qui ne peut être décidée, sous le contrôle du juge, que

¹⁷ [X. Prétot, Le droit répressif non pénal \(Droit du travail et de la protection sociale\)](#), *Dr. soc.* 2000 p.964

dans les cas où les praticiens concernés sont susceptibles d'entrer en concurrence directe avec l'établissement public de santé, en raison de leur profession ou de leur spécialité et, le cas échéant, de la situation de cet établissement, et qui ne peut s'appliquer que dans un rayon maximal de dix kilomètres autour de l'établissement public de santé et, lorsqu'elle concerne un praticien qui cesse d'exercer ses fonctions, pour une durée qui ne peut excéder vingt-quatre mois, n'instituent aucune sanction ayant le caractère d'une punition. ([Cons. const., 9 décembre 2022, décision n°2022-1027/1028 QPC](#), cons. 13).

Enfin, il a estimé que l'obligation imposée à l'abonné par le troisième alinéa de l'article L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle en cas de suspension de l'accès à internet que l'obligation imposée à ce dernier de s'acquitter du prix de l'abonnement au fournisseur d'accès, à défaut de résiliation, ne constitue ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition, dès lors qu'elle trouve son fondement dans le fait que l'inexécution du contrat est imputable à l'abonné ([Cons. const., 22 octobre 2009, décision n°2009-590 DC](#), cons.22). Selon le [commentaire](#) de cette décision sur le site du Conseil constitutionnel, « *la règle dénoncée ne constitue pas une peine ou une sanction ayant le caractère d'une punition. Elle est une disposition civile organisant les conséquences de la sanction dans les relations contractuelles entre l'abonné et le fournisseur d'accès. Le Conseil a d'ailleurs relevé que la règle posée par le législateur était logique : l'inexécution de la prestation de fourniture d'accès étant imputable à l'abonné, il n'y a pas de raison que le fournisseur d'accès subisse les conséquences de l'inexécution du contrat.* »

Analysant à l'aune de cette jurisprudence les dispositions contestées en ce qu'elle prévoient l'absence de rémunération pendant la durée de la suspension, la doctrine, si elle en a relevé le caractère pénalisant pour les salariés concernés, a toutefois retenu que la suspension du contrat de travail des personnels des établissements de santé non vaccinés ne présentait pas un caractère disciplinaire:

L. Gamet, L. Jubert-Tomasso, « Controverse : En quelle mesure l'employeur peut-il prendre en compte le statut vaccinal du salarié ? », *Rev. dr. tr.* 2021. 484

Ensuite, *si certaines critiques ont noté à juste titre que la suspension du contrat de travail qui fait suite au refus de l'obligation vaccinale ou de présentation du passe-sanitaire pouvait s'apparenter à une forme de sanction financière des travailleurs réfractaires*, force est de constater qu'elle *ne constitue pas une sanction disciplinaire au sens du droit du travail*. Elle ne peut être assimilée à une mise à pied disciplinaire ou conservatoire quoiqu'elle puisse y ressembler dans l'esprit. **Manque au mécanisme prévu par la loi du 5 août 2021 le fait que la mesure soit « prise par l'employeur »**, c'est-à-dire le fruit d'une décision (S. Frossard, « Les caractères de la sanction disciplinaire », RDT 2012. 685). En effet, au terme des articles 1er et 14 de la loi du 5 août 2021, **la suspension du contrat de travail semble bien un effet automatique de l'absence de présentation du passe-sanitaire** ou des documents justifiant du respect de l'obligation vaccinale. Tout au plus l'employeur doit-il la notifier. De fait, **c'est également hors du cadre de la procédure disciplinaire qu'est mise en oeuvre la suspension du contrat de travail**. Quelques arrêts avaient déjà pu admettre que des mesures de sécurité, prises à l'encontre d'un salarié, puissent ne pas être qualifiées de sanctions disciplinaires (Cass., ass. plén., 6 janv. 2012, n° 10-14.688, Société d'économie mixte des transports de l'agglomération grenobloise, D. 2012. 156 ; RDT 2012. 145, étude P. Lokiec ; Soc. 8 oct. 2014, n° 13-13.673, Société nouvelle des transports de l'agglomération niçoise c/ Laugier, D. 2014. 2056 ; ibid. 2015. 829, obs. J. Porta et P. Lokiec ; Dr. soc. 2014. 1068, obs. J. Mouly ; ibid. 2015. 206, chron. S. Tournaux) et le législateur ajoute ici sensiblement à la crainte de voir se développer ce type de mesures hors des limitations du pouvoir disciplinaire.

T. Kahn dit Cohen, La suspension du contrat de travail : pari (politique) et difficultés (juridiques), *Dr. soc.* 2022, p. 113

La **marge de manoeuvre de l'employeur est inexistante, la suspension du contrat de travail étant comminatoire et s'imposant aux deux parties au contrat de travail**. Comme le souligne le professeur Fabre, la suspension du contrat est une **mesure d'évitement du licenciement mais elle est également constitutive d'une pression mise par l'État sur le salarié récalcitrant à se plier à sa politique de santé publique**, en le privant de sa source de subsistance pour une durée importante(22). Cette pression sera d'une intensité bien différente selon les ressources financières personnelles ou familiales dont dispose le salarié. Une inégalité profonde est mise en oeuvre par la loi.

(...)

La loi **n'envisage pas la suspension du contrat de travail du salarié pour défaut de présentation du passe sanitaire ou pour l'absence de vaccination contre la Covid-19 comme une sanction au sens du droit disciplinaire**. Cette absence de caractère disciplinaire repose essentiellement sur le fait que le législateur n'impose pas la mise en oeuvre la procédure disciplinaire lorsque le salarié ne s'est pas soumis à ses obligations. **Cette vision est reprise par le législateur comme le souligne Madame Deseyne : « La suspension des fonctions ou du contrat de travail ne peut s'entendre comme une sanction disciplinaire : elle résulte d'une situation extérieure à l'entreprise qui s'impose à l'employeur et sur laquelle ce dernier n'a aucun moyen d'agir »**(27). La suspension du contrat n'est qu'une conséquence de l'entrée en vigueur d'une obligation nouvelle, temporairement nécessaire à l'accomplissement des fonctions du salarié. Pour autant, cette inexécution du contrat de travail est la conséquence d'un fait inhérent à la personne du salarié. La suspension du contrat est instituée comme une mesure protectrice pour des personnes dont la santé ou la vie pourrait être menacée par le maintien du salarié à son poste (28). Elle **trouve sa source dans l'obligation légale qui incombe aux salariés de prendre soin, en fonction de leur formation et selon leurs possibilités, de leur santé et de leur sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par leurs actes ou leurs omissions au travail** (29). Cette mesure est également destinée à faire pression sur le salarié afin qu'il se soumette aux obligations mises en oeuvre afin de lutter contre la propagation de l'épidémie. **Cela implique que c'est au salarié de supporter les effets de la suspension et notamment l'absence de rémunération**.

Raphaël Dalmasso, « Traîtres ou refuzniks ? Le délicat renvoi des salariés réfractaires au vaccin », *Dr. soc.* 2022, p. 119

Dans toutes les hypothèses, le refus par le salarié de se conformer aux obligations légales applicables peut entraîner une suspension du contrat de travail. **Cette mesure n'est pas présentée comme une sanction disciplinaire ni même comme une interdiction d'emploi** (14). Elle est en outre **provisoire, car pouvant cesser dès que le salarié décide de respecter ses obligations**.

Le régime applicable au salarié titulaire de l'obligation vaccinale n'est cependant pas le même que celui titulaire du passe sanitaire (et certainement du passe vaccinal à venir). En effet, en cas de non-respect du passe, l'employeur a l'obligation de convoquer au bout de trois jours le salarié « 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 ». Une telle obligation à la charge de l'employeur n'est pas prévue en cas d'obligation vaccinale, **témoignant d'un régime plus strict envers ces salariés au contact des personnes les plus faibles**.

Bien que n'étant pas une sanction, cette suspension du contrat est particulièrement douloureuse pour le salarié car elle entraîne immédiatement la suspension du versement de la rémunération. C'est donc dans des circonstances où le salarié est en position de particulière faiblesse que peut éventuellement intervenir la rupture du contrat de travail.

Dans l'arrêt précité du 5 juillet 2023, notre chambre a également refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relative à la violation du principe des droits de la défense, aux motifs que la suspension n'était pas une sanction ayant le caractère d'une punition:

13. 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.

Selon le commentaire critique précité à la Semaine juridique - social:

Leslie Nicolaï 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

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.**

Il appartiendra à notre chambre d'apprécier le caractère sérieux de la onzième question au regard de ces observations.