

Monsieur le Président du Conseil Constitutionnel
Mesdames et Messieurs les Membres du Conseil
Constitutionnel
Monsieur le Secrétaire Général du Conseil
Constitutionnel
2, rue de Montpensier – 75001 Paris

Paris, le 29 juillet 2021

Objet : Sur la conformité à la Constitution du projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale et du Sénat le 25 juillet 2021

Monsieur le Président du Conseil Constitutionnel,
Mesdames et Messieurs les Membres du Conseil Constitutionnel,
Monsieur le Secrétaire Général du Conseil Constitutionnel,

A l'issue du vote le 25 juillet 2021 par les deux assemblées parlementaires de la loi relative à la gestion de la crise sanitaire, l'association Institut Famille & République et l'association Juristes pour l'enfance ont l'honneur de vous soumettre leurs observations relatives à la conformité de cette loi à la Constitution ; elles vous prient de bien vouloir les admettre pour examen en leur qualité de contribution extérieure.

Elles estiment que cette loi qui a pour finalité d'apporter une réponse à l'épidémie de covid-19 heurte d'une manière disproportionnée nombre de libertés fondamentales, ainsi que le principe d'égalité et le principe de précaution. C'est la raison pour laquelle cette contribution extérieure entend démontrer l'inconstitutionnalité des dispositions détaillées ci-après.

| | |
|---|-----------|
| 1. Sur l'exigence d'un passe sanitaire pour exercer certaines professions (article 1^{er}) | 3 |
| 2. Sur l'obligation vaccinale imposée à certaines professions (articles 5 et suivants)..... | 9 |
| 2.1. La rupture d'égalité entre les personnels soumis à cette obligation vaccinale et le reste de la population | 9 |
| 2.2. L'atteinte particulière aux libertés individuelles | 10 |
| 2.3. L'atteinte au principe de protection de la santé, à l'intégrité physique et à la dignité | 12 |
| 2.4. L'atteinte au principe d'égal accès aux emplois publics | 14 |
| 2.5. La méconnaissance du principe de précaution | 14 |
| 2.6. L'atteinte au droit à la formation dès lors que l'obligation vaccinale s'étend aux étudiants des professions concernées..... | 16 |
| 3. Sur la suspension du contrat de travail (articles 1^{er} et 5)..... | 19 |
| 4. Sur l'exigence d'un passe sanitaire pour accéder à certains lieux, établissements, services ou évènements | 21 |
| 4.1. Atteinte à la liberté d'aller et venir..... | 22 |
| 4.2. Atteinte au principe d'égalité | 24 |
| 4.3. Atteinte à la protection de la santé | 25 |
| 5. Sur l'extension de l'exigence du passe sanitaire aux mineurs | 27 |
| 6. Sur les contrôles à domicile des personnes placées à l'isolement | 29 |

1. Sur l'exigence d'un passe sanitaire pour exercer certaines professions (article 1^{er})

Dispositions en cause du projet de loi

L'article 1^{er} du projet de loi dispose que jusqu'au 15 novembre 2021 inclus, le Premier Ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 :

- A compter du 2 juin 2021 imposer aux personnels intervenant dans les services de transport à destination ou en provenance du territoire hexagonal, de la Corse, et des départements, régions et collectivités territoriales d'Outre-Mer, de présenter le résultat négatif d'un examen de dépistage virologique de covid-19, ou un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19 ou encore un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 (appellation courante « Passe sanitaire ») ; [Article 1^{er} II. A 1^o modifié de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021]

- A compter du 30 août 2021, subordonner à la présentation de ce même « Passe sanitaire » l'accès pour les personnes qui interviennent dans certains lieux, établissements, services ou événements où sont organisées [Article 1^{er} II. A 2^o modifié de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021] :

- les activités de loisirs,*
- les activités de restauration commerciale 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),*
- les foires, séminaires et salons professionnels,*
- les services et établissements de santé sociaux et médico-sociaux,*
- les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux.*

Le salarié qui entre dans les catégories définies ci-dessus de « personnels intervenant » et qui ne présente pas de « Passe sanitaire » peut choisir d'utiliser, avec l'accord de son employeur, des jours de repos conventionnels ou des jours de congés payés. S'il ne veut pas ou ne peut pas opter pour une telle utilisation, il se voit notifier par l'employeur, par tout moyen, le jour même, la suspension de son contrat de travail qui entraîne l'interruption du versement de la rémunération. [Article 1^{er} II. C. 1. al. 1 modifié de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021]

Lorsque cette situation se prolonge au-delà d'une durée équivalente de trois jours travaillés, l'employeur convoque le salarié à un entretien afin d'examiner avec lui les moyens de régulariser sa situation, notamment les possibilités d'affectation, le cas échéant temporaire, au sein de l'entreprise sur un autre poste non soumis à cette obligation. [Article 1^{er} II. C. 1. al. 2 modifié de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021]

Des mesures similaires sont prévues lorsque le personnel concerné est un agent public. [Article 1^{er} II. C. 2. modifié de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021]

Le salarié en contrat à durée déterminée peut, quant à lui, voir son contrat rompu avant l'échéance du terme, à l'initiative de l'employeur. Dans ce cadre, il percevra l'indemnité de fin de contrat déduction faite de la fraction correspondant à la période de suspension, mais pas les dommages et intérêts prévus à l'article L. 1243-4 du Code du travail pour rupture anticipée à l'initiative de l'employeur. [Article 1^{er} II. C. 1. al. 3 modifié de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021]

Principes constitutionnels en cause

- Alinéa 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 relatif au droit d'obtenir un emploi et de ne pas être lésé en raison de ses opinions ou de ses croyances.
- Libertés fondamentales garanties notamment par les articles 4, 5, 8 et 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.
- Principe d'égalité prévu aux articles 1 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

L'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 27 octobre 1946 affirme un droit au travail qui participe de la dignité de l'être humain. Ce droit au travail a deux versants :

D'une part, il incombe aux pouvoirs publics, pour donner à ce droit un caractère effectif, de mettre en œuvre une politique permettant à chacun d'obtenir un emploi¹. Le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans sa décision n°85-200 du 16 janvier 1986 : il appartient à la loi « *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 possibles* »².

D'autre part, il existe une « *obligation pour l'Etat de protéger le droit de travailler, de favoriser les conditions sociales de telle manière que l'individu puisse exercer ce droit de travailler* »³ : tout citoyen doit pouvoir « *exercer un emploi, sans y être entravé illégitimement (...). La société doit être organisée de telle façon que les individus puissent exercer un emploi* »⁴.

Les règles régissant les relations de travail sont soumises au respect des libertés fondamentales garanties par la Constitution, et notamment aux articles 4, 5, 8 et 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

C'est la raison pour laquelle le code du travail rappelle dans ses dispositions préliminaires que « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché* ». (article L. 1121-1 du Code du travail).

Enfin, les règles régissant les relations de travail doivent respecter le principe d'égalité inscrit aux articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Le Code du travail a traduit à plusieurs endroits ce principe d'égalité. Ainsi, l'article L. 1132-1 relatif à la non-discrimination, détaille les exigences du principe : « *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié, ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, (...) notamment en matière de rémunération (...), de reclassement, d'affectation (...) de mutation ou de renouvellement de son contrat (...) en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap (...)* ».

¹ <https://www.vie-publique.fr/fiches/23891-existe-t-il-un-droit-au-travail>

² <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/85200DC.htm>

³ « Le droit au travail », *Relations industrielles*, Gérard Dion (1960), <https://www.erudit.org/fr/revues/ri/1960-v15-n4-ri01115/1021907ar.pdf>

⁴ Ibid

Certes, il peut exister des différences de traitement mais à la condition qu'elles « *répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ». (article L. 1133-1 du Code du travail). La Cour de Cassation a eu l'occasion de préciser que « *cette notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante (...) renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause* » (Cass. Soc. 8 juillet 2020, n°18-23.743⁵).

Méconnaissance de ces principes par les dispositions précitées du projet de loi.

L'obligation de présentation d'un « Passe sanitaire » prévue à l'article 1^{er} de la loi aboutit en pratique à une obligation vaccinale pour le personnel intervenant (c'est-à-dire travaillant) dans les activités détaillées par cet article.

En effet, la présentation d'un résultat négatif d'un dépistage virologique sera, pour la grande majorité des personnels concernés, très difficile, voire impossible à mettre en œuvre puisque, pour l'exercice d'une activité professionnelle, cette présentation implique de faire réaliser toutes les 48 heures ce dépistage certifiant l'absence de contamination par un professionnel habilité, et donc de se rendre dans un centre réalisant ce dépistage. Il faut ici rappeler que les auto-tests vendus en pharmacie ne permettent pas à ce jour l'obtention d'un document valable pour le Passe Sanitaire puisque leurs résultats ne sont pas certifiés par données papier ou numériques. En outre, la loi ne permet pas⁶ non plus la présentation d'un test sérologique attestant de la présence d'anticorps.

Or, outre la contrainte représentée par le fait de devoir se rendre toutes les 48 heures dans un centre habilité pour y subir des prélèvements nasaux désagréables, le Président de la république Monsieur Emmanuel Macron a annoncé le 12 juillet 2021, la fin de la prise en charge des tests PCR et antigéniques par l'Assurance Maladie à compter de l'automne 2021. Il convient de noter que le coût des tests (environ 44 euros pour un test PCR et 25 euros pour un test antigénique) est élevé et qu'il est probable que la fin du remboursement va entraîner la disparition progressive d'une partie des centres les réalisant (notamment les centres provisoires). Il en résulte que les personnels concernés rencontreront des difficultés encore plus grandes pour faire réaliser ces tests et qu'ils devront en supporter le coût.

Ainsi, alors que la loi ne leur impose pas une obligation vaccinale, ils seront victimes d'une différence de traitement importante par rapport à leurs collègues vaccinés puisqu'ils devront exposer des frais conséquents et répétés et qu'ils connaîtront des difficultés matérielles pour être en capacité de présenter un document conforme.

Le fait de ne pas pouvoir présenter un test sérologique attestant de la présence d'anticorps constitue une différence de traitement supplémentaire. En effet, si le but recherché avec le Passe sanitaire est de garantir, sur un lieu donné, la seule présence de personnes « protégées » contre le virus SARS-CoV-2, alors les personnes ayant des anticorps devraient bénéficier d'un Passe Sanitaire et leur exclusion est discriminatoire.

⁵ <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000042128143>

⁶ Depuis le 10 juillet, le résultat attestant le rétablissement du Covid-19 est limité à un test RT-PCR d'au moins 11 jours et datant de moins de 6 mois. Un test antigénique positif n'est plus valable. (<https://www.service-public.fr/particuliers/actualites/A15022>)

Par ailleurs si le but recherché avec le Passe sanitaire est de garantir, sur un lieu donné, la seule présence de personnes qui ne présentent pas un risque de transmission du virus pour les autres, alors l'obligation de disposer de ce Passe constitue une rupture d'égalité injustifiée à l'égard des non-vaccinés par rapport aux vaccinés, puisque les premiers sont contraints de réaliser un dépistage virologique afin de garantir qu'ils ne sont pas porteurs du virus, alors que les seconds sont exemptés de cette obligation alors même qu'ils peuvent être porteurs et contagieux (Conseil d'État, Juge des référés, 01/04/2021, 450956, Inédit au recueil Lebon).

Une telle différence de traitement entre les personnes, selon le document qu'elles pourraient présenter, est inconstitutionnelle (Décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021⁷). Ce point a d'ailleurs été souligné par la Défenseure des droits dans son avis n°21-11 du 20 juillet 2021⁸.

En outre, et compte-tenu de l'impossibilité matérielle indéniable dès l'automne 2021 de présenter un document valable qui ne soit pas le justificatif d'un parcours de vaccination, ces personnels verront leur contrat de travail suspendu puis rompu pour les CDD, et le versement de leur rémunération interrompu. Aucune indemnité de remplacement n'est prévue. En droit du travail, la suspension du contrat de travail et ses conséquences sont strictement encadrées :

- soit la suspension est liée à un congé prévu par la loi (congé maladie, maternité etc.) entraînant le versement d'une indemnité de remplacement (par la sécurité sociale, la caisse d'allocations familiales, le Pôle emploi etc. suivant les situations) ;
- soit la suspension est un congé accordé au salarié pour un but précis et elle n'entraîne pas de versement d'indemnité parce que c'est le salarié qui demande à être dispensé temporairement de l'exécution de son contrat de travail (congé sabbatique, congé pour création d'entreprise, etc.) ;
- soit la suspension constitue une sanction ou une mesure préparatoire à une sanction et le versement de la rémunération est interrompu.

L'article 1^{er} du projet de loi gestion de la crise sanitaire ne peut être analysé comme entrant dans les deux premiers cas de suspension. Il ne peut être analysé que dans la troisième catégorie de suspension : la suspension sanction. Le caractère de sanction est indubitable puisque le personnel concerné se trouvera, du jour au lendemain, privé de rémunération, c'est-à-dire, de tout moyen de subsistance. Et même s'il régularise par la suite sa situation en présentant le document requis, la rémunération correspondant à la période de suspension du contrat de travail ne lui sera pas reversée. Il s'agit donc bien d'une sanction identifiée habituellement en droit du travail comme une mise à pied disciplinaire. Il est donc incontestable que ces personnels feront ainsi l'objet d'une sanction, sauf pour eux à renoncer à l'exercice de leur liberté de ne pas être vaccinés. Or, s'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination, lorsqu'il ne le fait pas, aucune sanction ne doit pouvoir être prise à l'encontre d'une personne qui ne souhaite pas se faire vacciner.

Il sera encore souligné que la version du projet de loi initialement adoptée à l'assemblée nationale prévoyait que cette suspension entraînait, à l'issue d'un délai de deux mois, le licenciement du salarié qui ne régularisait pas sa situation. Les dispositions relatives au licenciement ont disparu du projet de loi, mais ont été cependant confirmées par la Ministre

⁷ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021819DC.htm>

⁸ https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=20864

du Travail, Madame Elizabeth Borne dès le 27 juillet 2021⁹. Les dispositions du projet de loi portent donc atteinte de manière indéniable au droit au travail.

Les dispositions de l'article 1^{er} du projet de loi prévoyant la mobilisation possible des jours de congés payés ou de repos conventionnels ainsi qu'un entretien avec l'employeur afin d'examiner les moyens de régulariser la situation du personnel concerné ne constituent pas une garantie suffisante afin d'écarter la sanction et de préserver la liberté du salarié en respectant ainsi le droit au travail.

S'agissant de la possibilité de mobiliser des jours de repos ou conventionnels, cette possibilité est hypothétique. Au sortir de la période légale de prise des congés payés (1^{er} mai-31 octobre), un nombre non négligeable de salariés auront consommé leurs jours disponibles pour prendre les congés auxquels ils avaient droit et n'auront donc pas de jours restant disponibles à mobiliser. Par ailleurs, la mobilisation est assujettie à l'accord de l'employeur. La loi ne prévoit aucune obligation pour l'employeur de justifier son refus. Le personnel concerné est donc tributaire du bon vouloir de l'employeur.

S'agissant de l'organisation d'un entretien avec l'employeur afin d'examiner avec le salarié les moyens de régulariser sa situation, il convient d'observer que la loi ne prévoit aucune obligation pour l'employeur d'affecter le personnel concerné sur un autre poste au sein de l'entreprise : il a seulement l'obligation de le convoquer à un entretien afin d'examiner les moyens de régulariser sa situation. Dans l'immense majorité des cas, aucune affectation ne sera proposée, soit parce que l'employeur ne souhaitera pas offrir cette possibilité au salarié, soit en raison de l'absence de poste disponible, soit encore en raison l'absence de compatibilité des postes disponibles avec les compétences du salarié.

Enfin, l'absence de toute garantie procédurale dans la mise en œuvre de la suspension du contrat de travail doit encore être dénoncée : alors que le droit du travail est soumis à un formalisme indispensable pour préserver le droit fondamental au travail, le projet de loi prévoit que la suspension du contrat de travail sera notifiée par tout moyen par l'employeur, c'est-à-dire pour nombre d'entre eux par voie orale, le jour même, c'est-à-dire sans aucun délai de préavis ou d'avertissement, alors que le salarié se trouvera privé de tout moyen de subsistance.

En outre, aucun délai n'est fixé à l'employeur pour convoquer le salarié, lorsque la situation se prolonge au-delà d'une durée équivalente de trois jours travaillés. Des salariés pourront voir leur contrat de travail suspendu, sans rémunération, sine die.

Compte-tenu de l'épée de Damoclès que constituent ces sanctions déguisées, le personnel concerné se trouvera en réalité privé de sa liberté de refuser la vaccination, alors que celle-ci n'est pas prescrite par la loi et alors qu'il n'est pas démontré qu'une telle restriction aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives serait justifiée par la nature de la tâche à accomplir, et proportionnée au but recherché. La preuve en est rapportée par l'analyse des catégories de personnel concernées. Ainsi les personnels intervenant dans des

⁹ <https://www.20minutes.fr/politique/3091879-20210727-coronavirus-salarie-pourra-bien-etre-licencie-cas-absence-pass-sanitaire-assure-elisabeth-born> |

activités de restauration commerciale seront tenus de présenter un Passe sanitaire mais pas ceux intervenant dans des activités de restauration collective ou de restauration professionnelle routière et ferroviaire. Or, il s'agit dans tous ces cas d'une activité de restauration d'une part et s'adressant à un ensemble de consommateurs n'appartenant pas à une seule et même famille d'autre part. Dès lors, on ne voit pas en quoi le caractère commercial ou non justifierait la restriction des libertés individuelles et collectives censée lutter contre la propagation du virus SARS-CoV-2. En effet, il n'existe aucune différence entre le brassage de personnes dans un cas ou dans l'autre. Il est même possible de penser qu'il y a plus de brassage dans le cas d'un nombre important de personnes venant déjeuner dans une cantine de grande entreprise (restauration collective) que dans le cadre d'un petit restaurant de quartier. Il est ainsi manifeste que la restriction des libertés imposée n'est pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir et qu'elle n'est pas proportionnée au but recherché.

L'atteinte au principe d'égalité devant la loi est de surcroît une nouvelle fois patente dans un tel exemple puisque le caissier de restauration collective en contact avec de nombreux salariés venant déjeuner ne sera pas soumis à l'obligation du Passe sanitaire, alors que le cuisinier du petit restaurant de quartier ne sortant pas de ses fourneaux et n'étant pas en contact avec la clientèle, devra fournir un Passe sanitaire.

D'autres catégories de personnel démontrent encore, si besoin était, l'absence de justification de la restriction des libertés individuelles eu égard à la nature de la tâche à accomplir. Ainsi, les personnels intervenant dans les déplacements longue distance par transports publics interrégionaux seront soumis à l'obligation du Passe Sanitaire, mais pas ceux intervenant dans des transports publics intra-régionaux, alors que la circulation du virus à l'intérieur d'une région n'est pas moins active qu'entre régions. Ou encore le Passe sanitaire est imposé aux personnes fréquentant en qualité de consommateur ou d'utilisateur les lieux définis à l'article 1^{er} depuis le 19 juillet dernier pour certains d'entre eux (activités de loisir par exemple) ou dès l'entrée en vigueur de la loi pour d'autres (TGV), mais s'agissant du personnel intervenant dans ces lieux, le Passe sanitaire ne sera exigé qu'à partir du 30 août. Comment la situation sanitaire pourrait-elle justifier la restriction immédiate des libertés individuelles de certains et pas des autres, alors qu'ils sont placés dans la même situation ? Cette différence de traitement démontre que les mesures prises attentatoires aux libertés individuelles ne sont ni adaptées ni proportionnées à la situation en cause.

Enfin, l'imprécision de la loi ne permet pas à chacun de connaître les obligations qui lui sont imposées. Ainsi, quelles seront les personnes intervenant dans une activité de loisir qui seront soumises au Passe sanitaire ? Un professeur de musique enseignant en collège ne sera pas soumis au Passe sanitaire, alors que son collègue enseignant dans des conditions tout à fait similaires dans une école de musique ou un conservatoire y sera soumis puisque les horaires auxquels il dispensera le même enseignement, dans des conditions strictement identiques, seront des horaires de loisir ? L'imprécision de la loi est source d'inégalité et démontre encore une fois, si besoin était, le caractère inadapté des dispositions eu égard aux restrictions des libertés qu'elles entraînent.

2. Sur l'obligation vaccinale imposée à certaines professions (articles 5 et suivants)

Dispositions en cause du projet de loi :

L'article 5 du projet de loi impose la vaccination contre la Covid-19 à un ensemble de personnes exerçant leur activité dans un domaine ayant trait, de près ou de loin, à la santé.

A défaut de pouvoir justifier d'un certificat de statut vaccinal ou d'un certificat de rétablissement dans la limite de la durée de validité de celui-ci ou d'un certificat médical de contre-indication (article 6 du projet de loi), les personnes identifiées à l'article 5 ont interdiction d'exercer leur activité à compter du lendemain de la publication de la loi (avec une possibilité d'exercice jusqu'au 14 septembre 2021 inclus sous réserve de présenter un résultat négatif de dépistage virologique, puis à compter de cette date et jusqu'au 15 octobre suivant inclus sous réserve de présenter outre ce résultat négatif un justificatif d'administration d'au moins une dose de vaccin).

Lorsque la personne concernée est salariée et qu'elle ne justifie pas de l'obligation vaccinale, elle peut mobiliser, avec l'accord de son employeur, des jours de repos conventionnels ou des jours de congés payés. A défaut, son contrat est suspendu. Il en est de même pour un agent public.

Principes constitutionnels en cause

Les observations présentées ci-dessus et relatives aux sanctions ainsi que l'absence de garantie procédurale pour les personnels concernés par l'obligation de présenter un passe sanitaire pour exercer certaines professions sont tout aussi valables pour la critique de l'obligation vaccinale imposée par l'article 5 à certaines professions.

Il doit être en outre souligné, s'agissant ici d'une obligation vaccinale stricte :

- la rupture d'égalité entre les personnels soumis à cette obligation vaccinale et le reste de la population,
- l'atteinte particulière aux libertés individuelles,
- l'atteinte au principe de protection de la santé, à l'intégrité physique et à la dignité
- l'atteinte au principe d'égal accès aux emplois publics
- la méconnaissance du principe de précaution
- l'atteinte au droit à la formation dès lors que l'obligation vaccinale s'étend aux étudiants des professions concernées

2.1. La rupture d'égalité entre les personnels soumis à cette obligation vaccinale et le reste de la population

En droit, il est acquis que le **principe d'égalité devant la loi**, qui découle de l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 aux termes duquel la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* », a une valeur constitutionnelle (CC, 27 décembre 1973, *Taxation d'office*, n°73-51 DC).

Et si ce principe d'égalité ne fait obstacle à ce qu'en présence de situations différentes, le législateur fixe des règles différentes, c'est à la condition qu'il fonde son appréciation « *sur*

des critères objectifs et rationnels » qui soient « en rapport avec l'objectif » de la loi (CC, 18 décembre 1998, n°98-404 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999 ; CC, 11 juillet 2001, n°2001-450 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel ; v. aussi : CC, 15 janvier 2019, n°2018-755 QPC).

Ainsi le Conseil constitutionnel rappelle-t-il régulièrement que « *le principe d'égalité devant la loi ne s'oppose ni à ce que le législateur règle d'une 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* » (en ce sens : CC, 7 décembre 2018, *Fondation Ildys*, n°2018-752 QPC ; CC, 25 janvier 2019, *Société Ambulances-Taxis du Thoré*, n°2018-757 QPC).

L'obligation vaccinale imposée à certaines catégories de personnes seulement déroge à l'égalité. Or, cette différence de traitement est manifestement injustifiée au regard de l'objet de la loi puisque l'objectif annoncé est de lutter contre la diffusion de l'épidémie et de préserver les personnes avec lesquelles ces personnes obligées de se faire vacciner seront en contact : or, si la vaccination semble préserver les personnes vaccinées de développer des formes graves de la maladie¹⁰, elle ne les empêche pas de contracter la maladie et de la transmettre¹¹. Par conséquent, la vaccination de ces catégories de personnes ne protège pas les autres avec lesquels elles seront en contact puisqu'elles demeurent potentiellement atteintes et contagieuses.

2.2. L'atteinte particulière aux libertés individuelles

Il convient de rappeler que les vaccins disponibles à ce jour sur le territoire français sont toujours en phase d'essai clinique. Selon les informations disponibles, la phase 3 de ces essais prendra fin le 27 octobre 2022 pour le vaccin Moderna et le 2 mai 2023 pour le vaccin Pfizer¹². Ces deux vaccins sont les seuls accessibles en France pour les personnes âgées de moins de 55 ans, c'est-à-dire la majeure partie des personnels concernés par le projet de loi. Or, la phase 3 des essais d'un vaccin ne s'adresse normalement qu'à des **volontaires** : « *les essais de phase 3 portent sur plusieurs milliers de patients. Les **volontaires** sont répartis en deux groupes au hasard : un qui teste le ou les vaccins, l'autre reçoit le placebo/le vaccin comparateur. L'étude peut durer plusieurs mois. (...). Elle peut se faire à l'hôpital, en centre d'essais privé ou chez les médecins traitants (...)* »¹³.

Ainsi, le personnel concerné par l'obligation vaccinale subit-il une atteinte particulière à ses libertés individuelles puisqu'il est **contraint par la loi**, pour travailler et conserver son emploi, de participer à un essai clinique de phase 3 réservé normalement aux seuls volontaires.

Cette atteinte n'est pas proportionnée au but recherché comme en témoigne l'analyse des catégories de personnel concernées au regard d'autres professions non soumises à une telle

¹⁰ https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/avis_conseil_scientifique_6_juillet_2021_actualise_8_juillet_2021.pdf

¹¹ <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/un-grand-sentiment-d-injustice-l-incomprehension-des-personnes-vaccinees-qui-attraient-le-covid-20210728>

¹² <https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2021/07/08/covid-19-les-essais-de-phase-3-des-vaccins-sont-ils-termines-depuis-des-mois-comme-l-affirme-olivier-veran60875804355770.html>

¹³ <https://www.covirevac.fr/les-essais-en-cours/les-roles-dans-la-realisation-dun-essai/les-essais-lances/cest-quoi-un-essai-clinique/?cn-reloaded=1&cn-reloaded=1>

obligation de vaccination ; ainsi les psychologues ou les psychothérapeutes sont soumis à une obligation vaccinale alors qu'il n'a nullement été démontré, ni même avancé, que le cadre de leur consultation serait propice à la transmission du virus. Au contraire, il est certain que leur espace de consultation est bien moins susceptible de transmettre le virus, compte-tenu des gestes barrière mis en place par tous les professionnels depuis des mois, que par exemple un centre commercial où le salarié en rayon ou en caisse est amené chaque jour à côtoyer et à échanger avec des dizaines voire des centaines de personnes. La comparaison pourrait encore être faite avec le corps enseignant qui n'est pas soumis à cette obligation vaccinale alors que ses interactions avec des tiers tout au long de la journée sont bien plus importantes quantitativement ainsi qu'en terme de proximité. Aucune dérogation n'est pourtant admise pour les professionnels comme les psychologues ou psychothérapeutes alors que depuis le début de la crise sanitaire, un nombre certain de ces professionnels ont développé des consultations à distance via des outils tels que zoom, teams, etc... et qu'ils n'ont donc pas d'interaction physique avec leurs patients. L'absence de proportionnalité au but recherché est encore flagrante dans l'exemple des professionnels employés par un particulier employeur mentionné à l'article L. 7221-1 du code du travail, effectuant des interventions au domicile des personnes attributaires des allocations définies aux articles L. 232-1 et L. 245-1 du code de l'action sociale et des familles. Il s'agit ici des employés intervenant au domicile des personnes âgées ou en situation de handicap. Selon que la personne âgée ou handicapée est titulaire de l'APA ou de la PCH, l'employé doit être vacciné ou non. Mais quel est le rapport entre les ressources de la personne âgée ou handicapée conditionnant l'accès à ces aides financières et l'obligation vaccinale, c'est-à-dire la protection nécessaire alléguée contre l'épidémie ?

Par ailleurs, l'obligation faite au personnel visé à l'article 5 du projet de loi de participer de manière contrainte à un essai clinique de phase 3 normalement réservé aux seuls volontaires, est d'autant plus contraire aux libertés individuelles que ce personnel se voit imposer les vaccins par l'Etat français, et ne peut exercer son choix d'opter pour le vaccin lui paraissant le plus adapté à sa situation ou celui qu'il pense présenter le moins de risques pour lui. En effet, les seuls vaccins disponibles sur le territoire français, choisis par le gouvernement français, sont des vaccins soit à ARN messager (Pfizer, Moderna)¹⁴, soit à adénovirus (AstraZeneca, Vaxzevria, Janssen)¹⁵. Or, un vaccin différent a été développé par la société Valneva. Disponible dès l'automne, il serait efficace contre tous les variants et il utilise la technologie classique du virus inactivé (utilisé pour la grippe par exemple), qui n'entraîne pas les interrogations suscitées par les vaccins à ARN messager ou à adénovirus. Mais le gouvernement français n'a pas commandé ce vaccin¹⁶. En imposant une obligation vaccinale sans laisser aux personnes concernées le choix du vaccin à utiliser, et notamment le choix d'un vaccin utilisant une technologie connue et éprouvée depuis de longues années, le projet de loi porte plus encore une atteinte disproportionnée et injustifiée aux libertés individuelles.

Le caractère disproportionné de l'atteinte aux libertés par rapport au but recherché est encore démontré par la dérogation prévue (aussi bien à l'article 1^{er} qu'à l'article 6 du projet de loi) en

¹⁴ <https://www.gouvernement.fr/le-fonctionnement-d-un-vaccin-a-arn-messenger>

¹⁵ <https://www.gouvernement.fr/le-fonctionnement-d-un-vaccin-a-adenovirus>

¹⁶ <https://www.ladepeche.fr/2021/04/22/valneva-le-vaccin-francais-dont-leurope-ne-veut-pas-9502793.php>

cas de contre-indication au vaccin. La contre-indication au vaccin permet au personnel concerné de poursuivre normalement l'exercice de son activité sans être vacciné et sans présenter un dépistage virologique négatif. Or de deux choses l'une :

Soit le risque de transmission du Covid-19 ou de contamination par le Covid-19 est tel qu'il est décrit par le gouvernement pour justifier le projet de loi et dans ce cas, les personnes présentant une contre-indication au vaccin ne doivent pas travailler dans les lieux identifiés comme foyers possibles de contamination justifiant les restrictions visées plus haut ; le projet de loi aurait alors dû prévoir un système de mise à l'écart de ces personnels par exemple par la mise en congé temporaire avec maintien de la rémunération pendant la durée de la pandémie ;

Soit le risque de transmission ou de contamination peut être évité pour les personnes présentant une contre-indication au vaccin, par le respect des gestes barrière, et c'est manifestement ce qui semble avoir présidé à la détermination des dispositions du projet de loi, et on ne comprend pas alors pourquoi la loi prévoit une atteinte si importante aux libertés individuelles pour les autres personnels (pour lesquels le respect des gestes barrière serait considéré comme insuffisant) et une telle rupture d'égalité entre les citoyens. Il est dès lors manifeste que les modalités retenues par la loi sont inappropriées à l'objectif visé.

2.3. L'atteinte au principe de protection de la santé, à l'intégrité physique et à la dignité

Le principe constitutionnel de protection de la santé est inscrit à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

Les différents vaccins proposés ne bénéficient que d'une autorisation provisoire de mise sur le marché (AMM), ce qui est bien normal s'agissant d'un produit vaccinal et récent, pour lequel les praticiens de santé et les laboratoires n'ont pas encore le recul nécessaire en termes d'effets, indésirables ou non.

Le fait que 2 ou 3 milliards de personnes aient reçu l'un des vaccins ne saurait justifier ce recul comme certains le revendiquent. En effet, outre que ces injections concernent plusieurs dizaines de vaccins dans le monde et non les seuls quatre vaccins actuellement autorisés en France, le recul n'est de quelques mois et non de plusieurs années comme pour les vaccins habituels et éprouvés bénéficiant d'une AMM définitive.

Et de nombreux effets indésirables sont rapportés qui, s'ils restent minoritaires ou rares, peuvent n'en être pas moins graves voire mortels et être pris en compte dans la balance bénéfice/risque en fonction de l'âge ou des comorbidités.

La simple obligation de prudence conduit à considérer que cette AMM provisoire ne peut être acceptée et acceptable par les personnes susceptibles d'être vaccinées que si leur consentement libre et éclairé est requis, ce qui seul permettrait de considérer comme respectant le principe constitutionnel de protection de la santé.

L'exigence d'un consentement « libre et éclairé » n'est pas remplie lorsque les personnes sont conduites à se faire vacciner **sous la menace** de la perte de leur rémunération, de l'empêchement pratique d'exercer leur travail, de poursuivre leurs études, de faire l'objet d'amende dont les montants sont élevés... Il est manifeste et observé que de nombreuses personnes se font vacciner et le feront contraintes et forcées. Aucun consentement libre et

éclairé n'est donc possible dans ce contexte de menace et de contrainte inédit prévu par la loi en cause. Aucun consentement libre et éclairé n'est davantage possible quand les vaccins sont présentés comme la seule solution à la lutte contre la pandémie et présentés au grand public comme étant sans risque.

Le droit à l'intégrité physique tiré de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 et le respect du droit à la vie privée, tiré de la garantie des droits de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 sont fortement atteints.

En effet le processus vaccinal porte, en lui-même, atteinte à l'intégrité physique de la personne, en tant qu'il est nécessairement irréversible. Il s'agit d'un acte médical et non d'un acte banal qui permettrait de voyager ou d'aller au restaurant ou au cinéma. Il y a ici atteinte au principe de dignité de la personne humaine, reconnu depuis 1994 par le Conseil constitutionnel comme inscrit dans le début du texte du Préambule de 1946.

D'autre part, si le Conseil constitutionnel a bien établi, dans sa décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, *Époux L. (Obligation de vaccination)* que le législateur dispose d'une large marge d'appréciation en matière de protection de la santé et qu'il peut « définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective », de même qu'il peut « modifier les dispositions relatives à la cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques » (§ 10 de la décision) et qu'il en déduit qu' « 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 les choix du 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 lui ne sont pas « manifestement inappropriées à l'objectif visé » (§ 10), il convient justement d'insister sur le contrôle exercé qui est celui de l'erreur manifeste d'appréciation.

Or, en l'espèce, l'obligation vaccinale de certaines catégories de personnes relève de l'erreur manifeste d'appréciation puisque qu'elle est justifiée par l'objectif de lutter contre la diffusion de l'épidémie et de préserver les personnes avec lesquelles ces personnes obligées de se faire vacciner seront en contact : or, si la vaccination semble préserver les personnes vaccinées de développer des formes graves de la maladie, elle ne les empêche pas de contracter la maladie et de la transmettre¹⁷. Par conséquent, dès lors que la vaccination ne protège pas les personnes en contact avec les « vaccinés », l'obligation vaccinale ne peut être justifiée par cet objectif non atteint. Ce qui permet de souligner que la vaccination permet de se protéger éventuellement soi-même, selon son âge et son état de santé, contre les formes graves du virus, mais non d'empêcher la contamination des autres, comme c'est le cas pour le vaccin de la grippe, maladie qui tue des milliers de personnes chaque année, mais qui n'est recommandé qu'aux personnes fragiles.

En égard à l'atteinte au principe de précaution de la santé et au droit au respect de l'intégrité physique, l'obligation vaccinale de certaines catégories de personnes, alors même que cette vaccination ne préserve pas les personnes en contact avec elles d'être contaminées, porte atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé.

¹⁷ <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/un-grand-sentiment-d-injustice-l-incomprehension-des-personnes-vaccinees-qui-attrapent-le-covid-20210728>

2.4. L'atteinte au principe d'égal accès aux emplois publics

Disposition en cause du projet de loi

L'article 5 prévoit l'obligation d'être vacciné, sauf contre-indication médicale reconnue, pour les personnes exerçant leur activité dans différents secteurs énumérés.

L'article 6 II. précise que : Les personnes mentionnées au I de l'article 5 justifient avoir satisfait à l'obligation prévue au même I ou ne pas y être soumises auprès de leur employeur lorsqu'elles sont salariées ou agents publics.

Principe constitutionnel en cause

Cette exigence d'être vacciné pour pouvoir demeurer dans son emploi public est contraire à l'article 6 de la DDHC qui dispose que *"la Loi est l'expression de la volonté générale. (...) 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"*.

Les seules vertus et mérites justifient une différence de traitement dans l'accès aux emplois publics. Soumettre l'accès ou, ce qui revient au même, le maintien dans un emploi public à l'obtention d'un passe sanitaire instaure une inégalité dans l'accès aux emplois publics.

En outre, cette exigence ne permet pas d'atteindre l'objectif visé puisque, ainsi qu'il a été dit plus haut, la vaccination des agents publics ne les préserve pas de contracter le virus et de le transmettre.

2.5. La méconnaissance du principe de précaution

Le principe de précaution s'impose aux administrations. Il les oblige à développer en leur sein des procédures de prévision et d'évaluation afin de tenter de prévenir les risques majeurs pouvant conduire à l'engagement de leur responsabilité.

Le principe de précaution a été introduit en droit français par la loi Barnier du 2 février 1995 sur le renforcement de la protection de l'environnement. Selon ce principe, « l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économique acceptable ».

Le Conseil d'État a fait application de ce principe. Dans son arrêt Association Greenpeace France du 25 septembre 1998, il a prononcé sur ce fondement un sursis à exécution d'un arrêté du ministère de l'Agriculture et de la Pêche qui autorisait la commercialisation de variétés de maïs génétiquement modifié.

Ce principe a aujourd'hui valeur constitutionnelle. En effet, la révision constitutionnelle du 1er mars 2005 a annexé la Charte de l'environnement à la Constitution. Or, l'article 5 de la Charte dispose : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible

l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

Différent du principe de prévention, qui fait référence à un risque avéré, le principe de précaution s'applique à **un risque potentiel**, mais incertain. Si le principe était initialement limité au domaine de l'environnement, il s'en est en réalité progressivement affranchi, et la précaution prospère aujourd'hui en droit de la santé en général, et en matière pharmaceutique en particulier. De façon implicite, dans un rapport de 1998, le Conseil d'Etat a pris une position favorable pour que le principe ne reste pas confiné aux problématiques environnementales et s'exprime en droit de la santé. Surtout, c'est l'autorité de régulation nationale, à savoir l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé qui, depuis 1999, recourt expressément au principe dans ses décisions. L'Agence, dont la mise en place avait pour objet de donner corps à un principe, qui s'adresse avant tout aux autorités publiques, a ainsi régulièrement prohibé la distribution de cosmétiques sur ce fondement afin de prendre en compte « l'hypothèse actuelle d'une possible transmission à l'homme de l'agent de l'encéphalopathie spongiforme bovine ». Elle a, en outre, suspendu « à titre de précaution » la commercialisation de certains dispositifs médicaux à la suite de rapports suspectant l'absence de stérilité dans leurs chaînes de fabrication. Dans ce prolongement, le tribunal de première instance des communautés européennes a jugé en 2002 que le principe de précaution impose aux autorités compétentes « de suspendre ou de retirer une autorisation de mise sur le marché (AMM) en présence de données nouvelles suscitant des doutes sérieux quant à la sécurité du médicament considéré, ou à son efficacité, lorsque des doutes conduisent à une appréciation défavorable du bilan bénéfices/risques présenté par ce médicament » (Arrêt du Tribunal de première instance (deuxième chambre élargie) du 26 novembre 2002, Recueil de jurisprudence 2002 page II-04945, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=ecli:ECLI:EU:T:2002:283>)

En pratique, ce principe de précaution s'applique déjà à l'industrie pharmaceutique : il est inhérent à l'activité des entreprises du médicament. Le responsable de pharmacovigilance de chaque entreprise doit déclarer immédiatement, et au plus tard dans les quinze jours, les effets indésirables graves. Il doit aussi envoyer des rapports périodiques actualisés de pharmacovigilance appelés PSUR (Periodical Safety Update Report) contenant l'ensemble des données de pharmacovigilance recueillies sur le plan national et international par l'entreprise pendant la période considérée (cf « l'industrie du médicament applique-t-elle le principe de précaution ? » https://www.leem.org/sites/default/files/100questions_Leem_Fiche-86.pdf).

Le principe de précaution trouve d'autant plus à s'appliquer lorsqu'il s'agit de la santé des personnes et de la sécurité du médicament. Il ne peut donc être cantonné à l'environnement et trouvera pleinement à s'appliquer en l'espèce.

Or, précisément, sur le peu de recul observé depuis les premières vaccinations contre la COVID 19, des effets indésirables dont 25% graves ont d'ores et déjà été observés en France par l'ANSM (<https://ansm.sante.fr/dossiers-thematiques/covid-19-suivi-hebdomadaire-des-cas-deffets-indesirables-des-vaccins>). Au Royaume-Uni, sur les 256 005 réactions post-vaccinales identifiées au 15 juillet 2021 pour l'administration du vaccin Pfizer, 460 étaient mortelles et ont entraîné le décès de la personne vaccinée (chiffres communiqués par les services de santé

britanniques)¹⁸, y compris de personnes jeunes dont le risque de décès était négligeable en cas d'infection par le virus du COVID-19.

Si de tels effets sont déjà soulignés, personne n'est en mesure de savoir ce que donneront les effets de ce vaccin sur le long terme, puisqu'il ne bénéficie pas du recul habituel en la matière (10 ans environ), et à plus forte raison d'un vaccin à ARNm, notamment sur les populations les plus jeunes.

Au regard du principe de précaution qu'elles méconnaissent, les dispositions de la loi obligeant la vaccination ou subordonnant un emploi, des études, des activités, à cette vaccination, ne pourront qu'être déclarée inconstitutionnelles.

2.6. L'atteinte au droit à la formation dès lors que l'obligation vaccinale s'étend aux étudiants des professions concernées

Dispositions en cause du projet de loi

L'article 5 I de la loi prévoit : « . – Doivent être vaccinés, sauf contre-indication médicale reconnue, contre la covid-19 : (...)

4° Les étudiants ou élèves des établissements préparant à l'exercice des professions mentionnées aux 2° et 3° du présent I »

Les professions mentionnées à ces articles sont les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du code de la santé publique (ci-après CSP) ainsi que les psychologues, ostéopathes, chiropracteurs, psychothérapeutes.

En conséquence, sont concernés tous les étudiants se destinant à exercer les professions suivantes :

médecin, chirurgien-dentiste, sage-femme (partie IV livre Ier du CSP),

pharmacien (partie IV livre II du CSP),

auxiliaire médical (infirmier, masseur kinésithérapeute, pédicure-podologue, ergothérapeute, psychomotricien, orthophoniste, orthoptiste, manipulateur d'électro radiologie médicale, technicien de laboratoire médical, audio prothésiste, opticien lunetier, prothésiste et orthésiste, diététicien) (partie IV livre III du CSP)

aide-soignant, auxiliaire de puériculture, ambulancier et assistants dentaires (partie IV livre III du CSP)

Principes constitutionnels en cause

Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit en son alinéa 5 : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ».

¹⁸

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1005196/COVID-19_mRNA_Pfizer-_BioNTech_vaccine_analysis_print.pdf

L'alinéa 10 énonce : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. »

L'alinéa 13 dispose « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat. »

Pour pouvoir accéder à un emploi, il convient d'avoir une qualification professionnelle et un accès aux études supérieures et formations professionnelles.

L'accès à la formation professionnelle est à ce point garanti que le Conseil Constitutionnel a déduit de cet alinéa 13 que l'exigence constitutionnelle de gratuité s'applique à l'enseignement supérieur public (Décision n° 2019-809 QPC du 11 octobre 2019).

L'accès à l'enseignement supérieur et à la formation professionnelle est ainsi constitutionnellement garanti.

Violation de ce principe par le projet de loi

En subordonnant l'accès à une formation à une nouvelle obligation vaccinale, non éprouvée, la loi ne garantit pas l'accès à l'enseignement supérieur et formation professionnelle. Elle prive des milliers de jeunes d'un accès aux études et par la suite à un emploi.

Les étudiants en cours de cursus sont littéralement pris en otage puisqu'ils se sont engagés dans des études qu'ils n'auraient peut-être pas choisies s'ils avaient su que cette contrainte leur serait imposée.

L'objectif d'intérêt général affiché ne peut justifier à lui seul une telle atteinte à ce principe de garantie d'accès et il convient d'assurer un contrôle de proportionnalité.

En effet, l'invocation d'un objectif d'intérêt général ne suffit jamais pour qu'on puisse conclure à la constitutionnalité de la restriction législative. Il faut en outre que l'atteinte ne soit pas excessive. Ainsi, la loi doit poursuivre un but d'intérêt général « suffisant ». Par conséquent, pour justifier les restrictions à des principes constitutionnellement garantis, le Conseil recourt à la notion d'intérêt général *suffisant*. Par là, le Conseil exerce un contrôle de proportionnalité au sens strict entre l'objectif du législateur et l'atteinte causée à un droit ou une liberté protégés. Ainsi, à l'occasion du contrôle de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2002, le Conseil a sanctionné une mesure destinée à annuler rétroactivement une dette de l'Etat à l'égard de la sécurité sociale dont le montant s'élevait à près de 16 milliards de francs. Pour le législateur, cette mesure était justifiée par la volonté de remédier aux difficultés financières du FOREC. Mais le juge a considéré que cet objectif n'était pas suffisant pour justifier une remise en cause rétroactive des résultats d'un exercice clos (CC, n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, Rec., p. 164). Par la référence à l'adjectif « suffisant », le juge signale au législateur que le but d'intérêt général doit revêtir une certaine importance pour que l'atteinte à un droit ou à une liberté soit déclarée conforme. Et ce sera le juge qui évaluera discrétionnairement le caractère suffisant de l'intérêt général poursuivi.

Le Conseil constitutionnel est amené à concilier, en permanence, les droits économiques et sociaux du Préambule de 1946 et les libertés fondamentales de la déclaration de 1789. Il a ainsi jugé « *qu'il incombe au législateur, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article*

34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties ; que, pour 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, il peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi » (décision n° 2001 455-DC du 12 janvier 2002).

En l'espèce, des centaines de milliers d'étudiants sont concernés.

Il ne s'agit pas d'une population fragile : ces personnes ne courent aucun risque particulier de mourir de la COVID 19, virus contre lequel on les oblige pourtant à se faire vacciner.

La simple contagion du virus, même très élevée, ne constitue pas un motif de nécessité et d'intérêt général : être atteint par une maladie contagieuse n'est pas en soi de nature à obliger à la vaccination. Ainsi le nombre de cas, même élevé, n'est pas un critère déterminant.

Seule la mortalité de ce virus pourrait être un motif grave justifiant que des centaines de milliers d'étudiants ne puissent pas accéder à leurs études s'ils ne sont pas vaccinés.

Or, comme évoqué, ces étudiants, compte tenu de leur tranche d'âge, ne présentent pas de risque de mourir de ce virus, alors que depuis l'extension de la vaccination, des personnes et notamment des jeunes décèdent subitement de manière inexplicable alors qu'ils étaient en bonne santé, dans les heures ou jours suivant la vaccination. Ainsi qu'il a été dit plus haut, au Royaume-Uni, sur les 256 005 réactions post-vaccinales identifiées au 15 juillet 2021 pour l'administration du vaccin Pfizer, 460 étaient mortelles et ont entraîné le décès de la personne vaccinée (chiffres communiqués par les services de santé britanniques)¹⁹.

En outre, de manière générale, le taux de létalité de ce virus est de 1,85 % (calcul selon chiffres santé publique France) et le taux de mortalité est de 0,16 % (111 725 décès sur une population de 67,06 millions). 73% des personnes décédées sont âgés de 75 ans et plus.

L'interdiction faite à des centaines de milliers d'étudiants d'accéder à leur formation en l'absence de vaccin est donc disproportionnée.

Elle l'est d'autant plus que l'obligation vaccinale repose sur un vaccin sous AMM conditionnelle, pour lequel une accélération du processus empêche de connaître les effets dans le temps, et la vaccination ne préservant pas les personnes vaccinées de contracter le virus et de le transmettre, la vaccination imposée aux étudiants concernés ne protège pas les personnes fragiles qu'ils pourraient fréquenter dans le cadre de leurs études et notamment leurs stages, sans compter que ces personnes fragiles sont elles-mêmes vaccinées ou ont la possibilité de le faire.

¹⁹

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1005196/COVID-19_mRNA_Pfizer-_BioNTech_vaccine_analysis_print.pdf

Dès lors, le Conseil Constitutionnel déclarera que les dispositions de l'article 5 I 4° méconnaissent le principe de garantie d'accès aux études supérieures et à la formation professionnelle. Ces dispositions seront donc déclarées contraires à la Constitution.

3. Sur la suspension du contrat de travail (articles 1^{er} et 5)

Dispositions en cause du projet de loi

L'article 1er du projet de loi modifie l'article 1er II. C. 1 al. 1 de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 de la manière suivante :

« C. – 1. Lorsqu'un salarié soumis à l'obligation prévue aux 1° et 2° du A du présent II ne présente pas les justificatifs, certificats ou résultats dont ces dispositions lui imposent la présentation et s'il ne choisit pas d'utiliser, avec l'accord de son employeur, des jours de repos conventionnels ou des jours de congés payés, ce dernier lui notifie, par tout moyen, le jour même, la suspension de son contrat de travail. Cette suspension, qui s'accompagne de l'interruption du versement de la rémunération, prend fin dès que le salarié produit les justificatifs requis.

« Lorsque la situation mentionnée au premier alinéa du présent 1 se prolonge au-delà d'une durée équivalente de trois jours travaillés, l'employeur convoque le salarié à un entretien afin d'examiner avec lui les moyens de régulariser sa situation, notamment les possibilités d'affectation, le cas échéant temporaire, au sein de l'entreprise sur un autre poste non soumis à cette obligation.

Il modifie encore l'article 1er II. C. 2. al. 1 de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 en prévoyant des dispositions identiques pour les agents publics.

Par ailleurs, le chapitre II du projet de loi crée une vaccination obligatoire pour les personnes énumérées à l'article 5 et l'article 7 précise le même type de disposition pour les salariés qui ne peuvent justifier de cette vaccination obligatoire.

Il résulte de ces dispositions que le salarié ou l'agent public qui entre dans les catégories de « personnels intervenant » et ne présente pas de « Passe sanitaire », ou encore le salarié ou l'agent public qui exerce une des activités listées à l'article 5 du projet de loi et qui ne peut justifier d'un schéma vaccinal (ou des justificatifs admis à défaut) peut choisir d'utiliser, avec l'accord de son employeur, des jours de repos conventionnels ou des jours de congés payés. S'il ne veut pas ou ne peut pas opter pour une telle utilisation, il se voit notifier par l'employeur, par tout moyen, le jour même, la suspension de son contrat de travail qui entraîne l'interruption du versement de la rémunération. La durée de cette suspension n'est pas limitée dans le temps.

Principes constitutionnels en cause

- Alinéa 11 du Préambule de la Constitution de de 1946 sur le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ;

- Principe d'égalité prévu aux articles 1 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 garantit à tout être humain qui se trouve dans l'incapacité de travailler, le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. Ce droit est assuré notamment par le versement d'indemnités journalières d'arrêt-maladie lorsque l'état de santé du travailleur ne lui permet plus de s'acquitter de ses fonctions, ou encore par le versement d'un revenu de remplacement pour le salarié involontairement privé d'emploi. Sont considérés comme involontairement privés d'emploi les salariés licenciés quel que soit le motif (économique, cause réelle et sérieuse, faute simple, grave y compris l'abandon de poste ou même faute lourde), ou ayant convenu avec leur employeur une rupture conventionnelle du contrat de travail, ou dont le contrat de travail à durée déterminée a pris fin, ou démissionnaires dans le cadre d'une démission considérée comme légitime (cas définis par décret²⁰).

Méconnaissance de ces principes par la suspension du contrat de travail prévue en cas de non présentation du passe sanitaire ou en cas de non vaccination

Comme il a déjà été mentionné ci-dessus, les règles régissant les relations de travail doivent respecter le principe d'égalité inscrit aux articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Alors que le projet de loi initial prévoyait la possibilité pour l'employeur de licencier un salarié ne présentant pas un Passe sanitaire pour un motif spécifique (le fait de ne plus pouvoir exercer son activité pendant une durée supérieure à deux mois)²¹, cette possibilité a été supprimée dans le projet de loi adopté à l'issue de la commission mixte paritaire. Ainsi qu'il a été exposé plus haut, les salariés qui ne présenteront pas un Passe sanitaire verront leur contrat de travail suspendu et seront privés de rémunération. S'ils souhaitent mettre fin à cette situation mais qu'ils souhaitent exercer leur liberté de ne pas être vaccinés, ils seront pour une bonne partie d'entre eux contraints de démissionner; il est en effet probable qu'un nombre non négligeable d'employeurs refusera de prendre à sa charge les indemnités inhérentes à la rupture du contrat de travail (indemnité compensatrice de préavis non travaillé par définition, indemnité de licenciement) surtout si le salarié peut se prévaloir d'une ancienneté importante, ainsi que d'assumer le risque inhérent à tout licenciement. Or, en démissionnant pour une cause non énumérée par le décret du 26 juillet 2019 relatif au régime d'assurance chômage, le salarié n'a pas droit à la prise en charge par l'assurance chômage (alors même de surcroît qu'il pourrait avoir cotisé pour ce risque pendant deux ou trois dizaines d'années). Il sera donc privé de moyens convenables d'existence, ce qui heurte le principe constitutionnel rappelé ci-dessus.

Le projet de loi crée en outre une inégalité de traitement injustifiée entre les salariés en contrat de travail à durée déterminée dont le contrat de travail peut être rompu par l'employeur et ainsi ouvrir droit pour ces salariés au bénéfice d'une prise en charge par le régime d'assurance chômage et les salariés en contrat à durée indéterminée pour lesquels le projet de loi ne prévoit plus le licenciement sui generis initialement contenu dans le projet et qui peuvent donc voir leur contrat de travail suspendu indéfiniment. Les premiers (salariés en

²⁰ <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038829574/>

²¹ <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b4386projet-loi>

contrat à durée déterminée) sont donc finalement mieux traités par le projet de loi que les seconds, sans que rien ne justifie cette différence de traitement.

4. Sur l'exigence d'un passe sanitaire pour accéder à certains lieux, établissements, services ou évènements

Disposition en cause du projet de loi

L'article 1^{er} du projet de loi modifie l'article 1^{er}, II. A. de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 de telle manière que le Premier ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19, subordonner à la présentation du « Passe sanitaire » l'accès à certains lieux, établissements, services ou évènements où sont exercées les activités suivantes :

- *les activités de loisirs,*
- *les activités de restauration commerciale 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),*
- *les foires, séminaires et salons professionnels,*
- *les services et établissements de santé sociaux et médico-sociaux,*
- *les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux*

Principes constitutionnels en cause :

- Liberté d'aller et venir
- Principe d'égalité
- Protection de la santé des personnes accueillies en établissement
- Droit aux loisirs

Avant de préciser les aspects propres à chacune des libertés en cause, il convient de relever de manière générale que les contraintes fortes imposées à ceux qui n'accepteraient pas de soumettre à la présentation d'un passe sanitaire ne correspondent pas à un principe de proportionnalité, dans ses différentes acceptions : nécessité, adaptation, proportionnalité proprement dite.

On constate d'abord que les conditions générales de santé publique, évoquées par le Conseil d'État, tant dans son avis sur le projet de loi que dans sa jurisprudence de 2019 (6 mai 2019, n° 415694 et n° 4192242) exercent une influence majeure sur les obligations imposées par les pouvoirs publics. Or, chacun peut constater combien les incertitudes sont grandes, tant en ce qui concerne les effets du vaccin lui-même, comme on l'a dit, qu'en ce qui concerne la pandémie, son développement, ses variants dont de nombreux médecins soulignent qu'ils sont plus contagieux mais moins virulents, etc... Les conditions générales de santé publique, application générale du principe de protection de la santé, sont donc éminemment variables, changeantes, justifiant des mesures adaptables elles-mêmes.

Or, l'obligation de présenter un passe sanitaire est très contraignante puisqu'elle suppose pour la plupart des personnes l'obligation de se faire vacciner ou de réaliser des tests PCR ou

antigéniques à répétition et à leurs frais à compter de l'automne 2021 (selon l'annonce faite par le Président de la République le 12 juillet 2021).

Les conséquences sont importantes et impactent gravement la vie quotidienne des intéressés puisque la présentation du passe est exigée sous peine de restrictions de déplacement, de travail, d'accès aux commerces, restaurants, etc.

Ces graves contraintes sont en contradiction avec les incertitudes de l'évolution de la pandémie, de ses lieux de développement potentiel, des personnes concernées. La généralité des mesures contenues dans le texte de loi ne sont pas proportionnées aux risques changeants et aux conditions générales de santé publiques découlant de l'alinéa 11 du Préambule de 1946.

Ces éléments ne correspondent en rien au principe de nécessité qui voudrait, par exemple, que des vaccinations soient rendues obligatoires pour atteindre une couverture vaccinale satisfaisante pour l'ensemble de la population. L'absence formelle d'obligation vaccinale montre bien que notre pays n'est pas dans cette situation de nécessité. Dès lors, le lien de causalité entre les restrictions graves aux libertés (de déplacement, d'aller et venir, liberté du travail, liberté d'entreprendre, ...) et les mesures inscrites dans la loi n'est pas établi et les atteintes ne sont pas proportionnées à un risque largement inconnu.

4.1. Atteinte à la liberté d'aller et venir

La liberté d'aller et venir est une composante de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Par décision en date du 12 juillet 1979, le Conseil constitutionnel a reconnu à la liberté d'aller et venir une valeur constitutionnelle. Ce principe fait donc partie intégrante des droits fondamentaux protégés par le bloc de constitutionnalité (Décision n°79-107 du 12 juillet 1979).

Depuis sa décision n°99-411 DC du 16 juin 1999, le Conseil constitutionnel retient une définition autonome de la liberté d'aller et de venir. Il l'a rattachée explicitement aux articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 dans sa décision n°2003-467 du 13 mars 2003.

Doit être opérée une conciliation entre cette liberté et la nécessité de préservation de l'ordre public. Dans cette perspective, seules les atteintes nécessaires et proportionnées à la liberté d'aller et venir sont admissibles.

A ce titre, le Conseil a rappelé « 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 protégées par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 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 du 27 octobre 1946 »(Décision n°2018-770 du 6 septembre 2018).

Par conséquent, les mesures de police administrative « susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties (...) doivent être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public et proportionnées à cet objectif » (Décision n°2011-625 du 10 mars 2011).

Il convient, par ailleurs, de souligner le fait qu'en vertu du préambule de la Constitution de 1946, la protection de la santé constitue un simple objectif de valeur constitutionnelle, et non un principe constitutionnel (Décision n°2021-819 DC du 31 mai 2021).

La décision précitée du 31 mai 2021 s'est, notamment, prononcée sur l'imposition du « passe sanitaire » pour l'accès à certains lieux, établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes pour des activités de loisirs ou des foires ou des salons professionnels. Pour déterminer la conformité de ce dispositif à la Constitution, le Conseil a relevé que l'application des dispositions contestées était limitée au cas où il était envisagé de mettre en présence simultanément un nombre important de personnes en un même lieu, et que la réglementation prenait en compte une densité adaptée aux caractéristiques des lieux, établissements ou événements concernés, y compris à l'extérieur. Il a déduit de ce constat que le législateur n'avait pas méconnu l'étendue de sa compétence (considérant 17).

Un raisonnement analogue peut être adopté pour apprécier la constitutionnalité de la loi d'extension du « passe sanitaire ».

Il s'agira, en l'espèce, de juger de la proportionnalité des atteintes portées par cette loi à la liberté d'aller et venir.

Or, « le passe sanitaire » est désormais étendu à la quasi-totalité des lieux de loisirs et de culture (cinémas, restaurants, théâtres, cafés...).

De plus, il semble que le législateur n'ait désormais plus égard à la configuration spécifique des lieux concernés.

Par sa généralité, l'exigence du passe sanitaire pour accéder à la quasi-totalité des lieux de culture ne peut être considérée comme proportionnée et ce d'autant plus que cette exigence ne permet pas d'atteindre l'objectif d'empêcher la diffusion de l'épidémie et de protéger les personnes vulnérables puisque l'un des éléments exigés pour accéder à ces lieux et services, à savoir la vaccination, ne préserve pas les personnes vaccinées de contracter le virus ni de le transmettre. Les personnes présentant un passe sanitaire mentionnant un test négatif de dépistage virologique ne sont donc pas protégées contre une contamination qui pourrait leur être transmise par les personnes vaccinées qui peuvent être porteuses du virus et le transmettre (Conseil d'État, Juge des référés, 01/04/2021, 450956, Inédit au recueil Lebon).

Par ailleurs, les dispositions fixant ces atteintes à la liberté d'aller et venir de la loi du 25 juillet 2021 méconnaissent également la compétence dévolue au pouvoir législatif relative à la définition des limites apportées aux droits et libertés constitutionnellement garantis (article 34 de la Constitution).

L'incompétence négative peut être ainsi définie : « *La Constitution fixe, notamment en son article 34, le domaine de la loi. Le Conseil constitutionnel est attentif à ce que le législateur ne reporte pas sur une autorité administrative, notamment le pouvoir réglementaire, ou sur une autorité juridictionnelle le soin de fixer des règles ou des principes dont la détermination n'a été confiée qu'à la loi. Pour ne pas se placer en situation d'incompétence négative, le législateur doit déterminer avec une précision suffisante les conditions dans lesquelles est mis en œuvre le principe ou la règle qu'il vient de poser. Il incombe, par exemple, au législateur, d'assortir un dispositif mettant en œuvre un principe constitutionnel des garanties légales*

suffisantes. De même, l'incompétence négative est également caractérisée si le législateur élabore une loi trop imprécise ou ambiguë. De même encore, le législateur ne peut pas renvoyer au pouvoir réglementaire de façon trop générale ou imprécise » (cf. « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », Ariane VIDAL-NAQUET, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n°46, janvier 2015).

La délégation concédée par le projet de loi aux préfets de décider eux-mêmes de restreindre l'accès aux centres commerciaux relève d'une telle incompétence négative, de même que la délégation plus générale consentie par ce texte de loi au premier ministre pour fixer le seuil à partir duquel la présentation d'un « passe sanitaire » pourra être rendue obligatoire pour être admis dans ce type d'établissement. Le constitutionnaliste Dominique Rousseau y voit une double hypothèse d'incompétence négative. Le législateur ne peut, en effet, confier le soin à l'autorité administrative de déterminer les conditions d'application de la loi, étant précisé que le recours aux critères de « caractéristiques » des centres commerciaux et de « gravité des risques de contamination » ne saurait justifier, selon l'auteur précité, cet abandon de compétences (Projet de loi sanitaire : « un fort risque d'inconstitutionnalité » selon le juriste Dominique Rousseau, France Inter, 27 juillet 2021).

4.2. Atteinte au principe d'égalité

Les dispositions précitées du projet de loi qui soumettent l'accès des personnes à certains lieux, établissements, services ou événements à la présentation du passe sanitaire entraînent entre les personnes des différences de traitement importantes et impactant directement la vie quotidienne, tant professionnelle que sociale et familiale.

La différence de traitement liée à la présentation ou non du passe sanitaire n'est pourtant ni justifiée ni proportionnée, comme en témoignent les situations générées par le projet de loi dans lesquelles l'accès à des lieux, établissements, services et événements similaires est tantôt soumis au passe sanitaire, tantôt ne l'est pas.

Ainsi, le passe sanitaire est-il exigé des personnes qui fréquentent les restaurants et cafés, que ce soit dans le lieu clos de la salle ou une terrasse aérée généralement ouverte sur la voie publique qui est librement accessible sans passe sanitaire (restauration commerciale et débits de boissons) mais non des personnes qui fréquentent les lieux de restauration collective, ou de restauration professionnelle routière et ferroviaire : ce qui a été souligné à propos des personnes travaillant dans ces activités est vrai des personnes fréquentant ces lieux à titre de consommateur. Aucune différence au regard du risque de transmission du virus ne justifie une telle différence d'accès à un restaurant de quartier ou un restaurant d'entreprise alors même que, au contraire, le brassage de population est souvent plus important dans le cadre de la restauration collective, professionnelle ou ferroviaire que dans le cadre de la restauration commerciale.

Ainsi encore, le passe sanitaire sera-t-il exigé des voyageurs utilisant les transports publics interrégionaux mais non des voyageurs utilisant les transports publics régionaux, sans que rien ne justifie cette différence de traitement car on ne voit pas en quoi le fait de voyager à l'intérieur d'une région aurait une incidence sur la propagation et la transmission du virus. Au contraire, les entrées et sorties dans les trains, cars et bus sont bien plus denses dans le cadre

des transports publics régionaux et exposent les voyageurs à un brassage plus large que les voyages utilisant les transports publics interrégionaux.

Une même personne peut donc déjeuner dans un restaurant d'entreprise à midi mais non dans le restaurant commercial proche de son lieu de travail.

Une même personne peut donc un même jour prendre un TER ou un bus en ville mais non un train intercity ou un TVG. Elle peut réaliser un trajet donné en utilisant un TER mais sera exclue du trajet identique à bord d'un TGV.

Ces incohérences illustrent de quelle manière subordonner l'accès à certains lieux, établissements, services ou événements à la présentation du passe sanitaire n'est ni justifié ni proportionné.

Ces différences de traitement sont d'autant moins justifiées et proportionnées qu'elles ne permettent pas de parvenir à l'objectif visé, à savoir limiter la propagation du virus et protéger les personnes fragiles puisque le fait d'être vacciné ouvre l'accès à ces lieux, établissements, services et événements à des personnes qui peuvent toujours contracter le virus et le transmettre : l'exclusion des personnes ne pouvant présenter le passe sanitaire ne permet donc pas d'empêcher la transmission du virus et de protéger les plus fragiles.

4.3. Atteinte à la protection de la santé

Disposition en cause du projet de loi

L'article 1^{er}, I, b du projet de loi modifie la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 en son article 1^{er}, II, 2°, d, sur l'accès aux hôpitaux pour les soins programmés et l'accompagnement ou la visite des malades (donc des parents d'enfants mineurs), de la manière suivante :

L'article 1^{er} II. A du projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire prévoit que :

« À compter du 2 juin 2021 et jusqu'au 15 novembre 2021 inclus, le Premier ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 :

« 2° Subordonner à la présentation soit du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, soit d'un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 l'accès à certains lieux, établissements, services ou événements où sont exercées les activités suivantes :

« d) Sauf en cas d'urgence, les services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, pour les seules personnes accompagnant ou rendant visite aux personnes accueillies dans ces services et établissements ainsi que pour celles qui y sont accueillies pour des soins programmés. »

L'accès aux établissements de santé, y compris les hôpitaux publics, est ainsi subordonné au Passe sanitaire pour y recevoir des soins programmés ou accompagner une personne devant recevoir ces soins.

Cette entrave à l'accès aux hôpitaux, assurant le service essentiel de la santé publique, pour les personnes devant recevoir des soins ou les personnes les accompagnant, est contraire au principe suivant.

Principe constitutionnel en cause

En vertu du 11^e alinéa du préambule de la Constitution de 1946, la Nation « *garantit à tous, et notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé* ».

Cet objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé est rappelé par le CC dans sa décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021 (§6), qui garantit le droit à la protection de la santé. Il est traduit par l'art. L. 6112-1 du Code de la santé qui garantit à tout patient accueilli dans le cadre de l'hôpital public le **principe** « d'égalité d'accès et de prise en charge », ainsi que par l'article L6112-2 Code santé publique garantissant « 3° L'égal accès à des activités de prévention et des soins de qualité ». Ce principe d'égalité découle du principe d'égalité devant le service public qui résulte de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Il est de telle force qu'il s'impose également aux établissements de santé privés exerçant des missions de service public (Décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, §5).

Méconnaissance de ce principe

Il résulte des dispositions précitées du projet de loi qu'une personne n'étant pas en mesure de produire le passe-sanitaire sera donc privée de recevoir les soins programmés.

Une personne dont l'accompagnant ne peut produire le passe-sanitaire est elle aussi exposée à la privation des soins programmés si elle ne peut se passer de la présence de l'accompagnant.

Lorsque la personne devant recevoir les soins programmés est un mineur, il pourra également être privés des soins si les parents ne peuvent présenter le passe-sanitaire. Il sera sans doute possible, dans certains cas, que le mineur accède seul à l'établissement pour y recevoir les soins programmés. Mais cela ne sera pas toujours possible ni même souhaitable, soit que la présence des parents soit indispensable au regard des soins en cause, soit qu'il n'y ait pas de personnel disponible pour prendre l'enfant en charge avant et après la réalisation du soin proprement dit, soit que les parents refusent de le confier à un tiers en le privant de leur présence rassurante de ses parents à ses côtés. En outre, les parents ne pourraient recevoir dans des conditions satisfaisantes les informations relatives aux soins programmés, ni les informations relatives au soin pratiqué en vue de donner un consentement éclairé quant à la suite possible à lui donner.

La soumission de l'accès aux personnes rendant visite aux personnes accueillies dans ces services et établissements à la présentation du « passe » est également contraire à la protection de la santé des personnes visitées car les visites sont un élément important de leur santé psychologique et de leur moral, leur vie sociale étant déjà limitée en raison de leur hébergement en établissement. Selon la définition de l'OMS, la santé est « *un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité.* » Les visites participent de façon primordiale à la dimension sociale et psychologique de la santé des personnes accueillies en établissement et l'exclusion des visiteurs ne présentant pas un « passe sanitaire » porte directement atteinte à la protection de la santé des personnes privées de visite. Lorsque la personne accueillie est un mineur, la défense faite aux parents de le visiter au motif que ces derniers ne peuvent présenter le passe sanitaire peut s'avérer dramatique pour lui.

Il en est de même s'agissant de l'interdiction de facto pour celui qui n'est pas titulaire d'un passe sanitaire, de pouvoir accompagner en urgence ou non un proche dans la mort.

L'atteinte à la protection de la santé qui en résulte est d'autant plus grave que ces restrictions dans l'accès aux établissements de santé, sociaux et médico-sociaux ne participent pas à l'objectif avancé « de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 » dès lors que la vaccination ne préserve pas d'être porteur du virus et de le transmettre aux personnes approchées ou visitées.

On aboutit à ce paradoxe qu'au nom de la santé, l'absence de passe sanitaire priverait du droit aux soins et à la santé.

5. Sur l'extension de l'exigence du passe sanitaire aux mineurs

Dispositions en cause du projet de loi

L'article 1^{er} du projet de loi complète l'article 1^{er}, II. A. 2° de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 de la manière suivante :

« Cette réglementation est applicable aux mineurs de plus de douze ans à compter du 30 septembre 2021. »

Il résulte de ces dispositions que, à compter du 30 septembre 2021, le Premier ministre peut subordonner à la présentation du « Passe sanitaire » l'accès des mineurs de plus de 12 ans à certains lieux, établissements, services ou événements où sont exercées les activités suivantes :

- les activités de loisirs,
- les activités de restauration commerciale 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),
- les foires, séminaires et salons professionnels,
- les services et établissements de santé sociaux et médico-sociaux,
- les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux

Principes constitutionnels en cause

L'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant résulte des dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946 aux termes desquels « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » et « *elle 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. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

Sur le fondement de ces dispositions, le Conseil constitutionnel a d'abord reconnu « *l'intérêt des enfants* » (CC, 13 août 1993, n°93-325 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration), puis la « *protection des droits de l'enfant* » (CC, 9 novembre 1999, n°99-419 DC, Loi relative au PACS).

Saisi de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, le Conseil constitutionnel a consacré l'exigence du respect de « *l'intérêt de l'enfant* », en rappelant que « *l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* » (CC, 17 mai 2013, n°2013-669 DC, §53-54).

Dans sa récente décision du 21 mars 2019, rendue à propos des examens radiologiques osseux pratiqués sur les mineurs étrangers, le Conseil constitutionnel a fini par consacrer « *une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant* » (CC, 21 mars 2019, n°018-768 QPC).

Il est donc désormais acquis que toute disposition législative doit respecter cette exigence constitutionnelle de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Méconnaissance de l'intérêt supérieur de l'enfant

Or, soumettre les mineurs à l'exigence du passe sanitaire pour des activités courantes comme l'accès aux loisirs, aux restaurants, aux transports longue distance, autrement dit à une obligation vaccinale indirecte pour pouvoir mener une vie normale, alors que cette catégorie de la population ne court pas de risque particulier du fait d'une éventuelle contamination par la COVID 19, fait incontestablement prévaloir l'intérêt d'autres catégories de population sur l'intérêt des enfants qui n'est donc plus supérieur mais au contraire sacrifié au profit d'autres intérêts.

La défenseure des droits, dans son communiqué du 20 juillet 2021, pointe « Des risques considérables d'atteinte aux droits de l'enfant » (§6) car le défaut de « passe sanitaire » entraînerait des restrictions pour l'exercice de droits essentiels pour la jeunesse comme l'accès aux loisirs et à la culture.

On ne peut que constater avec la défenseure des droits qu' « Il ne s'agit pas d'un droit accessoire mais bel et bien d'un droit fondamental pour le bon développement de l'enfant. Le respect, par les nouvelles dispositions, des exigences constitutionnelles de proportionnalité et de nécessité des nouvelles mesures envisagées ne peut s'apprécier qu'en considération, notamment, de l'âge des personnes auxquelles la loi s'applique. »

La contrainte de devoir présenter un test PCR négatif rend illusoire l'accès des mineurs aux activités en cause, et constitue ici encore une contrainte de vaccination indirecte sous peine d'être privé de loisirs, de sport et de culture.

Or, comme l'indique la défenseure des droits, « l'évaluation des risques et bénéfices individuels de la vaccination pour un jeune de 12 à 18 ans, en plein développement physique, n'est en effet pas identique à celle d'une personne adulte ». Imposer, en pratique au moins, à des mineurs d'être vaccinés pour accéder aux loisirs, au sport et à la culture porte une atteinte disproportionnée à leurs droits.

En outre, en prévision de la rentrée des classes, la défenseure des droits ajoute que « Dans la mesure où l'élève ne pourra pas participer aux activités de loisirs ou de culture organisées à l'extérieur de l'école, le risque est grand d'une stigmatisation de l'élève non vacciné au sein de son établissement scolaire ou internat scolaire ».

L'avis de la Défenseure des droits se trouve d'ores et déjà confirmé par le protocole sanitaire mis en place pour l'année scolaire 2021-2022 qui prévoit, dans la rubrique « Protocole de contact-tracing » que, quel que soit le niveau de l'épidémie, c'est-à-dire même si les indicateurs sont au vert, en cas de cas positif dans une classe, seraient évincés tous les

collégiens et lycéens non vaccinés²². Et il a été ensuite précisé que ces collégiens/lycéens non vaccinés évincés en raison d'un cas positif seront en outre privés de cours²³.

L'exigence de ce passe sanitaire, autrement dit l'exigence pratique d'être vacciné pour les mineurs pour avoir la vie normale des jeunes de leur âge, est d'autant plus disproportionnée que le fait d'être vacciné n'empêche pas le mineur de contracter le virus et de transmettre le virus aux personnes côtoyées dans le cadre de ces activités qui ne sont donc pas protégées par la vaccination des jeunes : la mesure n'atteint pas l'objectif visé d'empêcher la transmission du virus et de protection des plus fragiles. Sans compter que l'OMS a vertement critiqué²⁴ cette stratégie d'incitation à la vaccination des jeunes, comme contraire au principe constitutionnel de fraternité (Cons. Constit. 6 juillet 2018, n°2018-717/718 QPC), puisqu'elle conduit à utiliser des doses de vaccin pour une population qui n'en a pas besoin, alors que des populations vulnérables ont un besoin urgent de ces mêmes doses qui ne sont pas disponibles pour elles : compte-tenu du fait que l'approvisionnement en vaccins est limité au niveau mondial, « *il est actuellement prioritaire de vacciner les personnes pour lesquelles le risque de contracter une forme grave de la maladie grave est élevé, et qui n'ont toujours pas été vaccinées dans de nombreuses régions du monde : les personnes âgées, les personnes atteintes de maladies chroniques et les soignants* »²⁵

Outre donc l'atteinte au principe constitutionnel de fraternité, l'exigence imposée aux mineurs ne tient pas compte du caractère supérieur de l'intérêt de l'enfant qui est ici proprement mis de côté, alors que les personnes adultes côtoyées par les jeunes ont elles-mêmes la possibilité de se faire vacciner et de se protéger ainsi elles-mêmes sans imposer de restrictions aux jeunes.

6. Sur les contrôles à domicile des personnes placées à l'isolement

Sont problématiques, au regard de la préservation de la liberté d'aller et venir, comme du respect de la vie privée, les modalités de contrôle de l'isolement d'une personne testée positive au Covid-19.

L'Article 6 du projet de loi prévoit l'isolement de individus positifs.

Les personnes isolées sont astreintes à domicile pour une durée supérieure à douze heures par jour ce qui constitue une mesure privative de liberté (décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, cons. 32 à 47).

Ces placements à l'isolement régis par les nouveaux articles L. 3131-15 et L. 3131-17 du CSP sont normalement décidés par arrêté motivé du préfet, sur proposition du directeur de l'ARS.

²² <https://www.education.gouv.fr/annee-scolaire-2021-2022-protocole-sanitaire-et-mesures-de-fonctionnement-324257>

²³ <https://www.europe1.fr/societe/annonces-de-blanquer-pas-de-cours-en-visio-pour-les-eleves-non-vaccines-precise-un-syndicaliste-4059912>

²⁴ Covid-19 : L'OMS critique la stratégie des pays riches et appelle à ne pas vacciner les plus jeunes - <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/covid-19-l-oms-critique-la-strategie-des-pays-riches-et-appelle-a-ne-pas-vacciner-les-plus-jeunes-20210728>

²⁵ [https://www.who.int/fr/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-\(covid-19\)-vaccines?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=CjwKCAjwglSIBhBfEiwALE19SdHZ-8AzEfrNWKXCukWWayF5FtZtGaZ9jHfxkOamtVr8yFSEcD2bnBoCeBIQAvD_BwE](https://www.who.int/fr/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-(covid-19)-vaccines?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=CjwKCAjwglSIBhBfEiwALE19SdHZ-8AzEfrNWKXCukWWayF5FtZtGaZ9jHfxkOamtVr8yFSEcD2bnBoCeBIQAvD_BwE)

Les nouvelles dispositions organisent une privation automatique de liberté, sans décision de l'autorité publique, ni examen individualisé de la situation de l'intéressé, ce qui constitue une privation arbitraire de liberté contraire à la Constitution (déc. n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019, M. Lamin J).

En outre, l'amplitude de la plage horaire de contrôle (8h-23h, hormis la plage comprise entre 10h et midi) peut être comparée à celle ayant cours en matière de perquisitions lesquelles, sauf exception, peuvent se dérouler au domicile de la personne suspectée entre 6h et 21h. Dans ce dernier cas, son importance est justifiée par la recherche de preuves dans le cadre de la répression d'infractions pénales. Il semble excessif que le pouvoir exécutif puisse se prévaloir de la protection de la santé publique pour justifier des contrôles analogues et l'équilibre entre la préservation de l'ordre public et le respect des libertés individuelles apparaît ici méconnu.

Enfin, le critère retenu par le projet de loi pour légitimer la saisine du préfet, à savoir la suspicion de non-respect de l'isolement justifiant que le préfet soit saisi, interroge. Une telle suspicion de non-respect de l'isolement ne se fonde en l'état du texte sur aucune donnée objective. Il eût été opportun de se référer à des notions de droit positif, comme l'exigence « d'indices graves ou concordants ». Cette imprécision sur la notion de « la suspicion de non-respect de l'isolement » contredit l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi (Cons. constit., 31 mai 2021, n° 2021-819 DC, §16).

* * *
* *

Pour l'ensemble de ces raisons, les dispositions du projet de loi Gestion de la crise sanitaire sont contraires à la Constitution.

Le Conseil Constitutionnel est invité à en tirer toutes les conséquences.

Nous vous remercions vivement de de l'attention que vous prêterez à ce document, et nous vous prions de croire, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Membres du Conseil, Monsieur le Secrétaire Général, en l'assurance de notre très haute considération.

Institut Famille & République
142 rue de Rivoli – 75001 Paris

Admi.familleetrepublique@gmail.com

Juristes pour l'enfance

23 rue Royale – 69001 Lyon

contact@juristespourlenfance.com