



Paris, le 19 janvier 2022

**CONTRIBUTION EXTERIEURE SUR LA LOI
RENFORÇANT LES OUTILS DE GESTION DE LA CRISE SANITAIRE
ET MODIFIANT LE CODE DE LA SANTE PUBLIQUE**

Monsieur le Président du Conseil Constitutionnel

Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel,

Nous avons l'honneur de vous présenter une contribution extérieure pour le compte des organisations suivantes : le Syndicat des avocats de France (SAF), la Ligue des droits de l'Homme (LDH), la Confédération générale du travail (CGT), Solidaires, concernant plusieurs dispositions de la loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique (ci-après « *la loi adoptée* »).

Au travers de cette loi, le passe sanitaire :

- qui correspond soit à un justificatif d'un schéma complet de vaccination, soit à un certificat de rétablissement de moins de six mois, soit encore à un test d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19 ;
- est transformé en passe vaccinal exigeant un parcours de vaccination complet pour pouvoir accéder à certains loisirs, à certains transports ou encore pour travailler dans certains secteurs d'activité.

Toutefois, le législateur a fait le choix de ne pas rendre la vaccination obligatoire.

Votre Conseil avait validé le passe sanitaire, par décision du 5 août 2021, **en le distinguant d'une obligation vaccinale**, comme indiqué ci-après :

« les dispositions contestées prévoient que les obligations imposées au public peuvent être satisfaites par la présentation aussi bien d'un justificatif de statut vaccinal, du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination ou d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination. Ainsi, ces dispositions n'instaurent, en tout état de cause, ni obligation de soin ni obligation de vaccination. »

Si une obligation vaccinale avait été décidée, des critères posés tant par votre jurisprudence que par la Cour européenne des droits de l'Homme auraient dû être précisés ainsi que toutes les garanties notamment juridiques qui en découlent (responsabilité sans faute

notamment). Il en résulte qu'une obligation vaccinale indirecte ou par voie détournée n'est pas admissible, ce que poursuit pourtant ce dispositif de passe vaccinal.

Il convient donc pour votre Conseil d'être extrêmement vigilant, dès lors que le Gouvernement revendique dans son étude d'impact l'objectif d'« *incitation à la vaccination, y compris avec rappel pour les personnes qui y sont éligibles, à travers la transformation du passe sanitaire en passe vaccinal* » (étude d'impact, point 10 de l'avis n°404.676 du 19 juillet 2021 du Conseil d'État).

La Commission des lois de l'Assemblée nationale souligne également que « *la transformation du passe sanitaire en passe vaccinal poursuit l'ambition de favoriser la vaccination et donc l'objectif de préservation de la santé publique* » (rapport p.12)

Les auteurs de la présente porte étroite s'inscrivent en faux contre l'avis du Conseil d'Etat sur ce projet de loi qui indique lui aussi que "*l'objectif indirect d'incitation à la vaccination*" est de nature à justifier certaines restrictions de liberté pour les raisons précitées.

Or, toute limitation ou restriction de liberté doit être rigoureusement justifiée et proportionnée et ne pas être adoptée à la seule fin d'y inciter, conformément à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 aux termes duquel « *Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* ».

Par ailleurs, le Conseil d'Etat dans son avis n° 403.629 du 19 juillet 2021 sur le passe sanitaire a considéré que :« *le fait de subordonner certaines de ces activités à l'obligation de détenir un certificat de vaccination ou de rétablissement ou un justificatif de dépistage récent peut, dans certaines hypothèses, avoir des effets équivalents à une obligation de soins et justifie, à ce titre, un strict examen préalable de nécessité et de proportionnalité, dans son principe comme dans son étendue et ses modalités de mise en œuvre, au vu des données scientifiques disponibles* » (para. 12).

Par conséquent, votre Conseil devra effectuer ce contrôle de proportionnalité des mesures inscrites dans cette loi puisqu'elles portent atteinte à un certain nombre de droits fondamentaux.

Il contrôlera :

- l'adéquation de la mesure qui doit permettre ou faciliter le but recherché,
- la nécessité de la mesure qui ne doit pas excéder ce qu'exige la réalisation du but poursuivi,

- la proportionnalité au sens strict : elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché.

L'exposé des motifs du projet de loi permet de déterminer le but recherché :

« L'incidence, mesurée sur sept jours consécutifs, a constamment augmenté depuis octobre et dépasse désormais 700 cas pour 100 000 habitants, soit un niveau jamais mesuré depuis le début de l'épidémie. Le nombre de lits de soins intensifs occupés par des patients atteints de la covid-19 est quant à lui supérieur à 3 300. Bien que la vaccination et le passe sanitaire aient jusqu'à présent permis de limiter très significativement les conséquences de l'épidémie sur le système de soins, celui-ci reste en forte tension, alors que des interventions qui avaient dû être reportées lors des précédentes vagues doivent par ailleurs être reprogrammées et que d'autres virus circulent activement à la faveur de la période hivernale. »

Il ne s'agit plus que de limiter les conséquences de l'épidémie : la finalité de lutte contre la « propagation de l'épidémie » est supprimée par cette loi adoptée¹ : il est patent qu'il n'est plus temps d'endiguer les contagions mais seulement de limiter ses effets et la pesée des critères de nécessité et de proportionnalité doit être effectuée au regard de cette nouvelle finalité, moins contraignante

En outre, rien ne permet de démontrer que le passe vaccinal, en comparaison avec le passe sanitaire, permettra de limiter davantage les conséquences de l'épidémie.

Dans le cadre de son rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, après engagement de la procédure accélérée, Monsieur Jean-Pierre PONT précise :

« Le passe sanitaire a fait ses preuves au cours de l'été 2021 afin de permettre la reprise puis le maintien opportun qu'il devienne, dès le 15 janvier prochain, plus restrictif : il n'est en effet pas anormal que la liberté préservée des personnes non vaccinées soit assortie de contreparties puisque ce sont elles qui font peser une contrainte excessive sur les capacités hospitalières. Il n'est donc pas disproportionné de limiter, uniquement dans la sphère publique et sans empêcher l'accès aux biens et services publics ou de première nécessité ou urgents, leurs interactions sociales dont on sait qu'elles favorisent la propagation du virus ».

Les objectifs évoqués par le législateur partent du constat selon lequel le passe vaccinal permettrait de limiter la propagation du virus, alors que le passe sanitaire permettait déjà de limiter, notamment, l'accès aux transports interrégionaux aux personnes justifiant d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, d'autant que ce dispositif a été durci depuis le 29 novembre 2021, avec la limitation de la durée de validité de ce dépistage à 24h (au lieu de 72h précédemment).

¹ Le mot « propagation » est supprimé des lois de gestion de la crise sanitaire en vigueur (loi n°2021-689 du 31 mai 2021 et loi n°2021-1040 du 5 août 2021, modifiées par l'article 1^{er} de la présente loi)

Il n'existe aucune étude ou analyse qui viendrait justifier le passage du sanitaire, au passe vaccinal.

Seul l'objectif de contraindre les non-vaccinés à se vacciner justifie ce changement. Pour autant, cela apparaît disproportionné par rapport aux droits et libertés garanties par la Constitution et notamment la liberté d'entreprendre et le droit à l'emploi.

Par conséquent, ce passe vaccinal n'est pas nécessaire pour limiter les conséquences de l'épidémie et surtout il porte une atteinte disproportionnée aux droits et libertés.

En effet, nos organisations relèvent que la mise en œuvre concrète du passe vaccinal et de son contrôle dans le texte qui vous est soumis comportent plusieurs atteintes à des principes constitutionnellement garantis que nous développerons ci-après. Ces atteintes sont disproportionnées par rapport au but recherché.

DISCUSSION

A – Sur la modification du 1, II, A, 2° de la loi n°2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire

L'article 1^{er} de la loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire de loi modifie l'article 1, II, 2° pour substituer au passe sanitaire un passe vaccinal, subordonnant ainsi à la vaccination complète l'accès :

- aux activités de loisirs,
- aux services 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,
- aux foires, séminaires et salons professionnels,
- aux déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux, « sauf motif impérieux d'ordre familial ou de santé »,
- sur décision motivée du représentant de l'Etat dans le département, lorsque leurs caractéristiques et la gravité des risques de contamination le justifient, aux grands magasins et centres commerciaux, au-delà d'un seuil défini par décret, et dans des conditions garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité ainsi, le cas échéant, qu'aux moyens de transport.

La seule motivation avancée par l'étude d'impact dont l'indigence, notamment en matière de données médicales, doit être soulignée, est l'incitation faite à la vaccination (*étude d'impact p.28*).

Le législateur n'ayant pas entendu avoir recours à la généralisation de l'obligation vaccinale, il en résulte, ainsi que des développements précédents que, pour souhaitable que puisse paraître au législateur l'extension de la couverture vaccinale, il n'est pas admissible de décider de restrictions ou limitations de liberté dans un seul but incitatif.

Dès lors, seules les restrictions justifiées par un risque strictement sanitaire lié à l'accès des personnes non-vaccinées pourraient être de nature à justifier de telles restrictions.

Le Conseil Constitutionnel pourra constater qu'en l'espèce, aucune donnée sur la possible réduction du risque sanitaire qui résulterait du passage du passe sanitaire au passe vaccinal n'est communiquée, données qui par leur contenu pourraient justifier les modifications législatives adoptées.

De fait, rien ne permet de supposer qu'une personne non-vaccinée titulaire d'un résultat de test antigénique de moins de 24h présente un danger de contamination supérieur à une personne vaccinée, sans test.

Par ailleurs, les aménagements à cette exigence de passe vaccinal apparaissent trop restrictifs et insuffisamment définis pour permettre de garantir que les restrictions aux libertés ainsi créées soient strictement proportionnées.

Ainsi, s'agissant des déplacements interrégionaux, le e) est modifié pour limiter la dérogation au passe vaccinal à l'existence d'un "motif impérieux d'ordre familial ou de santé, sous réserve de présenter le résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19".

Il convient tout d'abord de relever que la notion de « *motif impérieux d'ordre familial ou de santé* » apparaît bien trop floue et imprécise et porte donc atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789.

En outre, le terme "*motif impérieux d'ordre familial ou de santé*" est beaucoup trop imprécis, laissant la place à de l'arbitraire.

En tout état de cause, un tel motif est bien trop restrictif pour permettre le respect de l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis : droit de mener une vie

familiale normale, droits de la défense et à un recours juridictionnel effectif pour se présenter devant une juridiction ou se rendre à un rendez-vous chez un professionnel du droit, droit de vote pour se rendre dans un bureau de vote éloigné, un lieu de résidence temporaire, liberté de réunion ou manifestation, liberté syndicale, notamment lorsqu'un représentant du personnel ou syndical doit se rendre dans un établissement distinct de l'entreprise, liberté d'entreprendre (en ce qu'elle suppose de pouvoir accéder aux salons, séminaires et foires professionnelles et plus généralement de pouvoir se déplacer pour les besoins de son entreprise), droit à l'emploi par exemple, pour certains salariés ou indépendants qui doivent se déplacer régulièrement dans le cadre de leur activité professionnelle, droit à l'éducation pour les étudiants se rendant à un examen et concours ou à leur domicile familial.

Concernant la liberté d'entreprendre, par exemple, elle suppose de pouvoir accéder aux salons, séminaires et foires professionnels, et de se déplacer pour les besoins de son entreprise, dans les trains interrégionaux, sans devoir utiliser son véhicule, notamment lorsque le déplacement aller et retour ne peut se faire dans la journée, en prenant son véhicule personnel.

Le passage du passe sanitaire au passe vaccinal créera une rupture d'égalité entre les vaccinés et non vaccinés, cette rupture d'égalité n'étant pas justifiée pour des raisons sanitaires puisque l'accès aux salons, séminaires, foires professionnels et trains interrégionaux était déjà soumise, pour les non vaccinés, à la production d'un examen de dépistage virologique de moins de 24h ne concluant pas à une contamination par la covid-19.

Ce d'autant qu'aucune donnée n'est communiquée quant à l'existence d'un risque accru de contamination dans des transports interrégionaux (le plus souvent à réservation de place) par rapport à des transports en commun (régulièrement congestionnés). Il existera donc une différence de traitement entre les personnes qui se déplaceront en métro ou en RER et les personnes qui sont contraintes de se déplacer en empruntant les trains interrégionaux, sans que cette distinction n'apparaisse justifiée par une différence de situation entre ces personnes.

Dès lors, le passage du passe sanitaire au passe vaccinal créera une rupture d'égalité entre les vaccinés et non vaccinés qui n'apparaît pas justifiée par des motifs sanitaires puisque l'ensemble des activités visées étaient précédemment soumises, pour les non-vaccinés, à la présentation d'un examen de dépistage de moins de 24h ne concluant pas à une contamination par la covid-19.

Il est donc porté une atteinte disproportionnée et non nécessaire à plusieurs libertés, dont la liberté d'aller et de venir.

Votre Conseil a pourtant rappelé que « *Il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre cet objectif de valeur constitutionnelle et le respect des droits et libertés*

constitutionnellement garantis. Parmi ces droits et libertés figurent **la liberté d'aller et de venir**, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » (CC 2021-819 DC 31 mai 2021).

Pour l'ensemble de ces raisons, ces dispositions doivent donc être censurées.

B. Sur la modification du 1, II, b de la loi adoptée

Il est ajouté cet alinéa à la suite de la présentation nécessaire du passe vaccinal :

« Toutefois, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que le document présenté ne se rattache pas à la personne qui le présente, les personnes et services autorisés à en assurer le contrôle peuvent demander à la personne concernée de produire un document officiel comportant sa photographie afin de vérifier la concordance entre les éléments d'identité mentionnés sur ces documents. Les personnes et services autorisés, dans le cadre du présent alinéa, à demander la production d'un document officiel comportant la photographie de la personne ne sont pas autorisés à conserver ou à réutiliser ce document ou les informations qu'il contient, sous peine des sanctions prévues au dernier alinéa du E du présent II. ».

Il convient de s'interroger tout d'abord sur la qualification juridique de l'opération prévue par ce texte avant de soulever des moyens tirés de violations constitutionnelles.

1°) Sur la qualification du contrôle

Le terme "contrôle d'identité" n'est évidemment pas indiqué mais seulement la possibilité d'exiger la production d'un « *document officiel comportant sa photographie afin de vérifier la concordance entre les éléments d'identité mentionnés sur ces documents* ».

Cela revient à se demander ce qu'est l'identité d'une personne.

G. CORNU dans son « *Vocabulaire juridique* » (PUF 2007) la définit comme « *l'ensemble des éléments qui, aux termes de la loi, concourent à l'identification d'une personne physique (dans la société, au regard de l'état civil) : nom, prénom, date de naissance, filiation, etc...* ».

Ici, la correspondance entre :

- le nom apposé sur le document officiel et celui du passe d'une part,
- la photographie sur ce même document officiel et la personne contrôlée d'autre part,

renvoie en réalité à l'opération d'identification d'une personne physique par son nom, prénom et date de naissance (puisque'elle est également indiquée sur le passe).

Le législateur distingue ensuite le « relevé d'identité » (*article 78-6 CPP*) qui n'est qu'une invitation à décliner son identité pour la rédaction d'un procès-verbal, lorsque l'agent verbalisateur n'a pas la compétence requise pour effectuer un véritable "contrôle d'identité", et ce dernier, qui est « *une injonction ou une sommation adressée par les forces de l'ordre à un citoyen qui est "interpellé" et contraint de rester sur place pour révéler son identité* » (*Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale, Carole GIRAULT, V° « Contrôles et vérifications d'identité », n°3, janvier 2017*).

Dans la mesure où les personnes ne sont pas contraintes de rester sur place pendant le temps du contrôle, la qualification de relevé d'identité semble mieux correspondre au cas d'espèce.

Ce pouvoir ne peut pas être rapproché de l'obligation prévue par l'article L.131-15 du Code monétaire et financier de "*justifier de son identité au moyen d'un document officiel portant sa photographie*" à l'occasion de la remise d'un chèque. En effet, le chèque est un instrument de paiement que le commerçant n'est jamais tenu d'accepter. En l'occurrence, ce n'est pas un pouvoir d'exigibilité d'une pièce d'identité qui est reconnu à une personne privée commerçante, mais une obligation pour le client de présenter certains documents pour pouvoir utiliser le chèque qui est un instrument de paiement particulier. Cela ne restreint aucunement ni la liberté d'aller et de venir, ni la liberté du commerce puisque le client est libre de régler notamment en espèces, ce que le commerçant n'a pas le droit de refuser.

Quant à l'exigence pesant sur les tenanciers de débits de boisson par l'article L.3342-1 du Code de la santé publique, de vérification de la preuve de la majorité du client, elle ne se limite pas à un document officiel mais par tous moyens. Le cafetier commet un délit s'il délivre de l'alcool à un mineur : il faut donc lui donner les moyens de ne pas le commettre. En revanche, en l'espèce, l'absence de contrôle de l'identité n'entraîne aucun risque de commission d'une infraction. C'est un pouvoir octroyé à des personnes privées, pour se substituer aux forces de police, ce qui permet de démultiplier les contrôles, aux fins de constatation de l'infraction d'usage de faux. Il s'agit donc bien ici d'un relevé d'identité.

Il convient en effet de rappeler que la production d'un faux passe vaccinal correspond à une qualification pénale², de sorte que la demande ciblée de présentation d'un document

² "Le faux commis dans un document attestant du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19 ou un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 est puni de cinq ans d'emprisonnement et de

officiel correspond bien à la recherche de preuve à l'égard d'un suspect, contre lequel il existe des "*raisons sérieuses de penser*" qu'il commet cette infraction.

2°) Sur la violation du droit au respect de la vie privée (article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789) : l'exigence de détention d'un document officiel comportant une photographie

En droit français, il n'existe aucune obligation de détenir une carte d'identité, ni un passeport ni un permis de conduire. **Les** personnes ne sont pas nécessairement étudiantes et ne se déplacent pas obligatoirement avec un abonnement pour des transports en commun. Autrement dit, il est tout à fait envisageable qu'une personne ne dispose pas de document officiel comportant une photographie.

D'ailleurs, les personnes subissant un contrôle d'identité peuvent justifier de leur identité « *par tout moyen* » (article 78-2 CPP).

La loi dont vous êtes saisi change donc le principe, puisqu'il fait obligation de détenir un « *document officiel comportant la photographie de la personne* » visée.

Or, votre Conseil a jugé :

« aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. » ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée » (CC 99-416 DC 23 juillet 1999, cons. 45).

Vous avez ensuite précisé :

« Par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif (2012-652 DC, 22 mars 2012, cons. 8, Journal officiel du 28 mars 2012, page 5607, texte n° 6, Rec. p. 158). » (CC 2012-652 DC 22 mars 2012, cons.8).

Il est évident que la consultation de données personnelles par des personnes privées est tout à fait attentatoire à la vie privée, sans que le but d'éviter des fraudes puisse justifier une telle atteinte, disproportionnée.

Cette atteinte est d'autant plus grave qu'il est exigé un document officiel ainsi qu'on l'a vu précédemment.

C'est ainsi également qu'une personne trans dont le genre du prénom peut être différent de son genre apparent sera amenée à devoir en justifier devant un simple particulier, ce qui est une atteinte manifeste et disproportionnée à sa vie privée.

3°) Sur l'atteinte à l'article 66 de la Constitution : les pouvoirs dévolus à de simples particuliers

L'article 66 de la Constitution dispose : « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

Votre Conseil a ainsi censuré la possibilité pour des policiers municipaux notamment de pratiquer des contrôles d'identité car :

« il résulte de l'article 66 de la Constitution que la police judiciaire doit être placée sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire ; qu'à cette fin, le code de procédure pénale, notamment en ses articles 16 à 19-1, assure le contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire sur les officiers de police judiciaire chargés d'exercer les pouvoirs d'enquête judiciaire et de mettre en œuvre les mesures de contrainte nécessaires à leur réalisation ; que l'article 20 du code de procédure pénale fixe la liste des agents de police judiciaire chargés « de seconder, dans l'exercice de leurs fonctions, les officiers de police judiciaire ; de constater les crimes, délits ou contraventions et d'en dresser procès-verbal ; de recevoir par procès-verbal les déclarations qui leur sont faites par toutes personnes susceptibles de leur fournir des indices, preuves et renseignements sur les auteurs et complices de ces infractions » ; que l'exigence de direction et de contrôle de l'autorité judiciaire sur la police judiciaire ne serait pas respectée si des pouvoirs généraux d'enquête criminelle ou délictuelle étaient confiés à des agents qui, relevant des autorités communales, ne sont pas mis à la disposition des officiers de police judiciaire » (CC 2011-625 DC 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, cons.59).

En l'occurrence, les personnes privées qui vont être amenées à demander aux personnes ciblées de présenter un document officiel avec photographie, participent en réalité, ainsi qu'il a été vu précédemment, à une recherche de preuve du délit d'usage de faux et de son auteur. L'étude d'impact donne d'ailleurs pour objectif « la lutte contre la fraude au passe sanitaire et vaccinal » (p.29).

Ainsi, de simples particuliers participeraient à l'exercice de pouvoir d'enquête judiciaire car il ne s'agit pas seulement de regarder quelle est l'identité de la personne en cause mais bien de vérifier la conformité de son identité prétendue avec son identité réelle, donc de rechercher la commission éventuelle d'un délit.

Votre Conseil a réitéré cette analyse concernant des relevés d'identité pour des délits par des agents de police municipale ou des gardes champêtres ainsi que la possibilité de saisir les objets ayant servi à la commission de l'infraction pour le délit de vente à la sauvette et d'usage de produits stupéfiants commis sur la voie publique :

« le législateur n'a pas assuré un contrôle direct et effectif du procureur de la République sur les directeurs de police municipale et chefs de service de police municipale. Notamment, contrairement à ce que le code de procédure pénale prévoit pour les officiers de police judiciaire et nonobstant son pouvoir de direction sur les directeurs et chefs de service de police municipale, ne sont pas prévues la possibilité pour le procureur de la République d'adresser des instructions à ces derniers, l'obligation pour ceux-ci de le tenir informé sans délai des infractions dont ils ont connaissance, l'association de l'autorité judiciaire aux enquêtes administratives relatives à leur comportement, ainsi que leur notation par le procureur général. » (CC 2021-817 DC 20 mai 2021, Loi pour une sécurité globale préservant les libertés, §10).

Vous avez ajouté une exigence supplémentaire concernant la formation des agents :

« si les directeurs et les chefs de service de police municipale doivent, pour être habilités à exercer leurs missions de police judiciaire, suivre une formation et satisfaire à un examen technique selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'État, il n'est pas prévu qu'ils présentent des garanties équivalentes à celles exigées pour avoir la qualité d'officier de police judiciaire." (ibid §11).

Ce sont donc ces deux critères de rattachement à l'autorité judiciaire et de présentation de garanties équivalentes à celles exigées pour avoir la qualité d'officier de police judiciaire, qui vous ont amené à déclarer l'article contesté contraire à l'article 66 de la Constitution.

Évidemment, de simples particuliers ne sont sous l'autorité d'aucune force publique, et encore moins de l'autorité judiciaire. Ils ne présentent aucune garantie et, à l'exception des agents privés de sécurité, ne justifient d'aucune homologation ni d'aucun suivi de formation.

Il en résulte une violation patente de l'article 66 de la Constitution.

4°) Violation de l'article 1^{er} de la Constitution, des articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : le risque de discrimination interdite

Ainsi qu'il vient d'être dit, les personnes qui pratiqueront les contrôles n'auront reçu aucune formation.

Il est régulièrement reproché aux policiers de pratiquer des contrôles au faciès. La Cour de cassation a d'ailleurs jugé que la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée pour faute lourde, résultant d'une déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi, au sens de l'article L.141-1 du code de l'organisation judiciaire, en raison de contrôles d'identité présentant un caractère discriminatoire, réalisés selon des critères tirés de caractéristiques physiques associés à une origine réelle ou supposée, sans aucune justification objective préalable (*Civ. 1^{ère} 9 novembre 2016, n°15-25.873, au Bull.*).

Une requête est actuellement pendante devant la Cour européenne des droits de l'Homme concernant d'autres cas d'allégations de contrôles discriminatoires.

Les forces de l'ordre doivent respecter, outre le principe d'égalité inscrit dans différents textes constitutionnels, le code de déontologie de la police et de la gendarmerie.

A titre d'exemple, l'article R.434-11 du code de la sécurité intérieure dispose :

"Le policier et le gendarme accomplissent leurs missions en toute impartialité. Ils accordent la même attention et le même respect à toute personne et n'établissent aucune distinction dans leurs actes et leurs propos de nature à constituer l'une des discriminations énoncées à l'article 225-1 du code pénal".

Et selon l'article R.434-16 du même code :

"Lorsque la loi l'autorise à procéder à un contrôle d'identité, le policier ou le gendarme ne se fonde sur aucune caractéristique physique ou aucun signe distinctif pour déterminer les personnes à contrôler, sauf s'il dispose d'un signalement précis motivant le contrôle".

Les simples particuliers n'ont à respecter aucun code. Même lorsque l'article 1^{er} de la Constitution promeut l'égalité entre les citoyens, il s'agit du respect par l'Etat de ce principe : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure*

l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

De même l'article 6 de la DDHC concerne l'égalité devant la loi.

Les particuliers ne commettent de délit de discrimination (*au sens des articles 225-1, 225-1-1 et 225-1-2 du code pénal*) que s'ils commettent les éléments constitutifs de l'article 225-2 du code pénal, c'est-à-dire lorsqu'elle consiste en l'exercice de certains actes. Or, le fait de pratiquer des contrôles discriminatoires fondés par exemple sur l'origine raciale réelle ou supposée n'est pas prévu dans cet article. Ce n'est donc pas une infraction.

Il en résulte qu'il n'existe aucune garantie permettant d'encadrer le pouvoir discrétionnaire de cibler telle ou telle personne pour vérifier la conformité de son identité prétendue lors de la présentation du passe avec son identité réelle.

Ce constat rejoint celui déjà effectué sur la violation de l'article 66 de la Constitution : il n'y a aucune garantie de prévue concernant la formation et la compétence pour pratiquer ces actes.

D'ailleurs, si ce contrôle révèle l'existence d'un faux et que la personne est poursuivie, aucune nullité ne pourrait en résulter puisqu'il est de jurisprudence constante que « *aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; qu'il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du Code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante* » (*Crim. 15 juin 1993, n°92-82.509, Bull. crim. n°210*) , y compris lorsque la preuve est apportée par un tiers à la procédure (*Crim. 31 janvier 2012, n°11-85.464, Bull. crim. n°27*) ou qu'elle ait été obtenue de façon déloyale, car il suffit qu'elle soit discutée contradictoirement (*Crim. 30 mars 1999, n°97-83.464, Bull. crim. n°59*).

En conséquence, les dispositions législatives en cause confèrent un pouvoir exorbitant à des personnes privées, sans qu'il en résulte aucune conséquence procédurale, en dépit d'une éventualité de contrôle discriminatoire, par exemple.

L'absence de garantie aboutit à une violation du principe d'égalité, tel que visé par les textes énumérés au moyen.

La censure doit intervenir.

5°) Violation de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : la garantie des droits

Selon l'article 16 DDHC proclame : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ».

La violation s'exerce tant sous l'angle du contrôle des pouvoirs exceptionnels créés par le législateur que sous celui du droit à un recours effectif.

a) L'encadrement des pouvoirs exceptionnels

Ici, le caractère exceptionnel des pouvoirs nouvellement créés résulte de ce qu'ils sont confiés à de simples particuliers.

Votre Conseil a jugé qu' « *il résulte des articles 6, 7, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 ainsi que de l'article 66 de la Constitution que, si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées. Il appartient à l'autorité judiciaire de veiller au respect de ces principes, rappelés à l'article préliminaire du code de procédure pénale, dans l'application des règles de procédure pénale spéciales instituées par la loi. Réserve.* (CC 2004-492 DC 2 mars 2004, cons. 6).

Il a déjà été démontré que le principe de « *l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle* » (article 66 de la Constitution) était violé, ainsi que le principe d'égalité.

La garantie des droits et la séparation des pouvoirs le sont tout autant, par une disposition qui ne permet aucun contrôle d'un magistrat de l'ordre judiciaire, et sans aucune garantie.

b) Le non-respect du droit à un recours effectif

Vous avez jugé « *qu'est garanti par cette disposition [l'article 16 DDHC] le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif* » (CC 2011-138 QPC 17 juin 2011, cons.4).

A titre d'exemple, vous avez censuré un dispositif où le non-respect des modalités d'exercice de l'obligation d'enregistrement sonore des débats de cour d'assises n'était pas prévu à peine de nullité alors même que le principe d'interdiction des enregistrements était pénalement répréhensible : « *En interdisant toute forme de recours en annulation en cas d'inobservation de cette formalité, les dispositions contestées méconnaissent les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789* » (CC 2015-499 QPC 20 novembre 2015, cons. 1 à 4).

Or, aucun recours n'est prévu ni contre un contrôle discriminatoire, ni pour vérifier l'existence de « raisons sérieuses de douter » de l'attribution du passe vaccinal à la personne concernée, conditionnant l'accès à des lieux (donc l'exercice d'une liberté), même en cas de poursuites concernant l'infraction commise.

Il en résulte que le droit à un recours juridictionnel effectif est bafoué.

6°) Violation de la liberté d'aller et de venir : des contrôles discrétionnaires

Votre Conseil rappelle que « *la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté personnelle, en particulier avec la liberté d'aller et de venir* » (CC 2016-606/607 QPC 24 janvier 2017, §20, reprenant la jurisprudence CC 93-323 DC 5 août 1993, loi relative aux contrôles d'identité).

Il en est de plus fort ainsi des relevés d'identité qui ne peuvent être pratiqués que pour établir une verbalisation.

En l'occurrence, dès lors que les critères posés pour pratiquer ces contrôles (« *raisons sérieuses de penser que le document présenté ne se rattache pas à la personne qui le présente* ») sont peu encadrants, toute latitude discrétionnaire est laissée à la personne qui les pratique.

En outre, aucune sanction ne peut en résulter. Il s'agit donc bien là d'une violation de la liberté d'aller et de venir, puisqu'il est possible de pratiquer des contrôles généralisés et discrétionnaires, sans avoir à en justifier ou à être censuré.

Ce risque de contrôle discrétionnaire apparaît d'autant plus grand que, par ailleurs, les personnes privées ainsi visées sont passibles d'une sanction pénale si elles ne pratiquent pas le contrôle du passe vaccinal (*article 1, II, D de la loi n°2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de la crise sanitaire tel que modifié par le présent texte de loi*). Si ces sanctions pénales se rapportent au contrôle du passe vaccinal et non à la vérification d'identité qui y serait éventuellement associée, il n'en demeure pas moins que

les deux seront intimement liés en pratique. Dans de telles conditions, il apparaît peu probable que le contrôle d'identité ainsi opéré se cantonne aux cas dans lesquels « *il existe des raisons sérieuses de penser que le document présenté ne se rattache pas à la personne qui le présente* » et qu'il devienne systématique.

7°) Violation de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789

« La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée. »

Il résulte de ces dispositions une interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « *force publique* » nécessaire à la garantie des droits, comme le Conseil d'État l'a formulé depuis longtemps dans son arrêt d'Assemblée Ville de Castelnaudray du 17 juin 1932 et rappelé constamment par le juge administratif : « *l'état du droit interdit à toute personne publique détentrice d'un pouvoir de police de déléguer son exercice à une personne de droit privé* ». C'est ainsi qu'a été jugé illégale la délégation à une entreprise privée de la tâche de constater les infractions aux règlements de police relatifs aux stationnements (CE, 1^{er} avril 1994, Commune de Menton, Rec. Lebon, p. 175).

La surveillance de la voie publique est dévolue à la force publique : il est interdit à une commune de déléguer à une société de sécurité privée « *une mission de surveillance des voies publiques de l'ensemble de la commune* » (CE, 29 décembre 1997, n° 170.606, Cne d'Ostricourt, Rec. Lebon T).

Pour contrôler la conformité de dispositions législatives à la Constitution, votre Conseil s'attache à examiner la nature de la mission déléguée à des opérateurs privés.

S'il s'agit par exemple d'une mission de police administrative générale, les dispositions peuvent être déclarées contraires à la Constitution : c'est ainsi qu'examinant la conformité à la constitution des dispositions de la loi dite LOPPSI, et notamment celles qui prévoyaient que :

« Après information du maire de la commune concernée, les autres personnes morales peuvent mettre en œuvre sur la voie publique un système de vidéo-protection aux fins d'assurer la protection des abords de leurs bâtiments et installations, dans les lieux susceptibles d'être exposés à des actes de terrorisme ou particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol », le Conseil constitutionnel a jugé « qu'en autorisant toute personne morale à mettre en œuvre des dispositifs de surveillance au-delà des abords « immédiats » de ses bâtiments et installations et en confiant à des opérateurs privés le soin d'exploiter des systèmes

de vidéo-protection sur la voie publique et de visionner les images pour le compte de personnes publiques, les dispositions contestées permettent d'investir des personnes privées de missions de surveillance générale de la voie publique ; que chacune de ces dispositions rend ainsi possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits ; que, par suite, doivent être déclarés contraires à la Constitution le douzième alinéa du 1° ainsi que les b) et c) du 2° de l'article 18 ; que, par voie de conséquence, le premier alinéa du 1° de l'article 18 de la loi déferée doit conduire à remplacer le seul premier alinéa du II de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 par les dix alinéas prévus par ce 1° » (CC, 10 mars 2011, n°2011-625 DC).

On a rappelé à propos de la recherche de la qualification du pouvoir de contrôle prévu par la loi objet de votre saisine, qu'il s'agissait d'une sorte de relevé d'identité. Cela signifie que la loi organise la substitution par une personne privée à la force publique. Cela correspond aux diverses tentatives du gouvernement d'instaurer une surveillance généralisée de la population en enrôlant des particuliers devenus supplétifs de la police nationale.

Ce transfert de pouvoirs régaliens à de simples particuliers constitue une violation de l'article 12 de la DDHC.

La Défenseure des droits s'est également inquiétée :

« si l'objectif des dispositions est de lutter contre la fraude, d'une part, la Défenseure des droits n'est pas convaincue qu'un tel dispositif confié au libre arbitre de personnes privées non formées à cette fin permette de le poursuivre et soit efficace, d'autre part, elle est d'avis que ce contrôle devrait relever de la responsabilité des autorités publiques, notamment des forces de sécurité, compte tenu de l'objectif poursuivi et des risques inhérents à l'exercice d'une telle prérogative » (avis n°22-01 p.7).

La recherche d'infractions et de leurs auteurs est du ressort de la police judiciaire et doit le rester.

Votre Conseil avait d'ailleurs retenu que le dispositif du contrôle du passe sanitaire ne portait pas d'atteinte disproportionnée aux principes constitutionnels invoqués notamment au motif que :

« (...) le contrôle de la détention d'un des documents nécessaires pour accéder à un lieu, établissement, service ou événements (...) ne s'accompagne d'une présentation de documents d'identité que lorsque ceux-ci sont exigés par des agents des forces de l'ordre³ ».

³ Décision 2021-824 DC du 5 août 2021, §45.

Il en serait ainsi totalement différemment du passe vaccinal, ce qui porte une atteinte disproportionnée à l'ensemble des principes constitutionnels précédemment évoqués.

La censure doit donc intervenir.

8°) Impact sur les conditions de travail et atteinte à la liberté contractuelle

Ces dispositions présagent une exposition des salariés à des situations conflictuelles et dangereuses. Ces derniers ne disposant pas de formation spécifique liées à la gestion de la vérification d'identité *a priori* non prévue au contrat de travail, il est d'autant plus à craindre que le dispositif de contrôle impacte négativement les conditions de travail des salariés en charge du contrôle. Un accord du salarié sur une telle modification contractuelle était par conséquent d'autant plus nécessaire.

Ainsi, outre les droits et libertés des personnes ayant à subir ces contrôles, l'ouverture d'un tel contrôle à la discrétion des personnes privées non formées porte ainsi nécessairement atteinte aux droits et libertés des auteurs des contrôles, sans que ces atteintes soient en lien avec l'objectif de limitation de l'épidémie.

Par ailleurs, cette disposition porte atteinte à la liberté contractuelle des salariés en charge du contrôle du passe, les contrôles d'identité excédant nécessairement les fonctions prévues dans le cadre de leur contrat de travail.

Par exemple, un travailleur exerçant des fonctions d'accueil dans un espace de loisir (bibliothèque, cinéma ...), serait contraint de contrôler le "passe vaccinal" et l'identité des usagers, ce qui ne constitue pas une simple modification des tâches mais bien un changement unilatéralement imposé de ses fonctions contractuelles.

Cette atteinte à la liberté contractuelle des travailleurs est d'autant plus choquante qu'ils se trouveraient contraints d'exercer, dans des conditions très insatisfaisantes comme il a été démontré précédemment, une nouvelle fonction autrefois réservée aux forces de police.

C. Sur la modification du 1, II, c, 2° de la loi n°2021-689 du 31 mai 2021

Une atteinte disproportionnée aux principes constitutionnels en lien avec le travail : droit à l'emploi, droit à la participation des travailleurs, liberté contractuelle, droit à la santé, interdiction des discriminations.

1° - Les principes constitutionnels auxquels la loi porte atteinte

1.1. Le cinquième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 affirme le **droit pour chacun d'obtenir un emploi** :

« Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ».

Votre Conseil a, à plusieurs reprises, confirmé la valeur constitutionnelle de ce droit (*voir notamment 98-401 DC, 10 juin 1998, cons. 26 ; 2011-139 QPC, 24 juin 2011, cons. 4*).

Dans une décision du 30 mars 2006, vous avez également précisé la nature de ce droit à l'emploi en affirmant, d'une part, qu'il doit être accessible au plus grand nombre et, d'autre part, qu'il tend à ne pas être précaire :

« Qu'il incombe au législateur [...] de poser des règles propres à assurer, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre et, le cas échéant, en s'efforçant de remédier à la précarité de l'emploi » (2006-535 DC, 30 mars 2006, cons. 19).

1.2. S'agissant de la **liberté contractuelle**, votre Conseil lui reconnaît depuis plusieurs années une valeur constitutionnelle sur le fondement de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 :

« Le législateur peut à des fins d'intérêt général déroger au principe de la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ». (2006-543 DC, 30 novembre 2006, cons. 29 à 31).

Seul un motif d'intérêt général suffisant permet de déroger à la liberté contractuelle constitutionnellement garantie.

1.3. Vous avez également reconnu la valeur constitutionnelle du **droit à la santé** sur le fondement de l'article 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 :

« Elle [la Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. »

Sous le prisme d'un droit collectif, la santé publique a été érigée en principe constitutionnel (*90-283 DC, 8 janvier 1991*) et la protection de la santé publique constitue, par ailleurs, un objectif à valeur constitutionnelle (*2016-737 DC, 4 août 2016*). Cet objectif doit, par définition, être concilié avec les autres droits et libertés individuels garantis par les

dispositions du bloc de constitutionnalité, tel le principe d'égalité, le droit au travail, etc. En ce sens, les mesures adoptées par le législateur pour assurer la protection de la santé publique doivent impérativement être nécessaires au but recherché, afin de ne pas porter une atteinte manifestement disproportionnée aux autres droits fondamentaux et libertés individuelles également protégés par les textes et principes composant le bloc de constitutionnalité.

1.4. Notons également que la valeur constitutionnelle du **droit à la participation des travailleurs** est garantie par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 :

« Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. »

1.5. Enfin, le **principe d'égalité en droit** est doublement consacré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. L'article 1 affirme en effet que :

« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ».

Plus loin, l'article 6 précise que :

« [la loi] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».

Issu du principe d'égalité, le **principe de non-discrimination** s'impose, comme l'illustre par exemple la décision DC du 15 novembre 2007⁴. L'état de santé figure évidemment au nombre des critères discriminatoires, de sorte qu'il est interdit de traiter un individu de manière défavorable en raison de son état de santé réel ou présumé. Il en est de même s'agissant du lieu de résidence.

Plus généralement, indépendamment de la qualification de discriminatoire du critère de différenciation, le principe d'égalité se traduit en droit du travail par un principe d'égalité de traitement entre les salariés, pourvu qu'ils se trouvent dans une situation identique face à l'objectif visé de la loi⁵.

⁴ Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

⁵ Jurisprudence constante depuis la décision n° 1996-375 DC du 9 avril 1996 « Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier ».

Force est de constater que la loi qui vous est déférée porte manifestement atteinte à ces droits et libertés constitutionnellement reconnus.

2°- Obligation du « passe vaccinal »

L'article 1^{er} contesté impose à certains travailleurs, selon leurs secteurs d'activité, de présenter un "passe vaccinal" à leur employeur pour pouvoir exercer leur activité professionnelle⁶.

Un employeur pourrait donc faire de la détention d'un "passe vaccinal" un critère de recrutement. Pire encore, un employeur pourrait refuser l'embauche d'un candidat présentant un certificat de contre-indication à la vaccination, car cela pourrait le contraindre à devoir aménager le poste ou les conditions de travail de ce salarié.

Le "passe vaccinal" créé donc critère d'embauche discriminatoire et est contraire au droit à l'emploi.

De même, le droit à l'emploi est également compromis pour les travailleurs qui, sans être tenus de présenter un "passe vaccinal" sur leur lieu de travail, auraient besoin de prendre un transport en commun dans lequel il est obligatoire pour s'y rendre (exemple d'un salarié habitant à Lille et prenant le train tous les jours pour venir travailler à Paris). Il en est de même pour les demandeurs d'emplois, qui pourraient voir la possibilité de retrouver un emploi réduite en raison de leur lieu d'habitation. La défenseure des droits s'inquiétait d'ailleurs du caractère discriminant en fonction du lieu d'habitation de la mise en place d'un passe vaccinal⁷.

3°- Sanctions et conséquences associées à la non-présentation du "passe vaccinal"

L'article 1er, II, C contesté prévoit les sanctions imposées aux travailleurs qui ne satisferaient pas à l'obligation de présenter un "passe vaccinal".

3.1. Le contrat de travail est dans un premier temps suspendu, le jour même du défaut de présentation du "passe vaccinal". Cette suspension s'accompagne d'une interruption du versement de la rémunération.

Bien que le gouvernement refuse d'assumer la nature de cette mesure, il s'agit d'une véritable sanction pécuniaire pour le travailleur qui ne présenterait pas le "passe vaccinal".

⁶ Article 1er, II, A- 3°.

⁷ https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/defenseur_des_droits_-_avis_22-01_0.pdf

Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux autres hypothèses légales de suspension de contrat de travail avec interruption du versement de la rémunération, que sont la mise à pied disciplinaire, qui est une sanction, et la mise à pied conservatoire qui, si elle n'est pas une sanction précède nécessairement un licenciement pour faute grave. Cette sanction à moitié déguisée porte indéniablement atteinte au droit à l'emploi, le travailleur se trouvant privé de la possibilité d'exercer son activité professionnelle.

Si la suspension du contrat de travail dure plus de trois jours travaillés, le salarié est convoqué par son employeur à un entretien au cours duquel la régularisation de la situation doit être discutée, notamment via un changement d'affectation. Ce changement d'affectation est une modification unilatérale du contrat de travail, qui pourrait durer au-delà de la crise sanitaire, constituant une atteinte patente à la liberté contractuelle.

3.2. La non-présentation par un salarié d'un "passe vaccinal" peut aboutir à la perte de son emploi.

Votre Conseil a déjà censuré la création d'un nouveau cas de rupture spécifique pour les salariés en contrat à durée déterminée (DC n°2021-824, 5 août 2021). Toutefois, pour les salariés en contrat à durée indéterminée (CDI), la mise en place du "passe sanitaire" a confirmé que des employeurs menacent les salariés de les licencier sans justificatif.

En effet, malgré l'hypocrisie du gouvernement, la création d'un nouveau motif de licenciement pour les salariés ne présentant pas de "passe sanitaire" a un temps été envisagée avant d'être abandonnée au cours des débats parlementaires sur la loi de gestion de crise sanitaire. Cependant, comme l'a rappelé la Ministre du travail dans la presse cet été, cela ne signifie pas, pour le gouvernement, que les employeurs ne pourront pas licencier ces salariés :

"Il ne faut pas laisser croire aux salariés qu'il ne peut pas y avoir de licenciement⁸."

Le fait qu'un motif de licenciement autonome ait été imaginé dans un premier temps confirme d'ailleurs l'idée que le but du passe, qu'il soit sanitaire ou vaccinal est de permettre aux employeurs de licencier les salariés non vaccinés.

Les employeurs se servent du passe comme outil de chantage à l'emploi, avec l'appui du gouvernement qui confirme que des ruptures de contrat sont possibles. Avec la transformation du "passe sanitaire" en "passe vaccinal" les salariés sont donc contraints de se vacciner pour garder leur emploi. Le gouvernement est donc de plus en plus restrictif

⁸ Elisabeth Borne, Ministre du travail, le 27 juillet 2021 <https://www.lci.fr/sante/covid-19-coronavirus-passe-sanitaire-il-ne-faut-pas-laisser-croire-que-les-salaries-ne-pourront-pas-etre-licencies-previent-elisabeth-borne-2192447.html>

en rendant théoriquement possible le licenciement d'un salarié qui ne serait pas vacciné mais présenterait un test virologique négatif, qui lui aurait permis avant d'avoir un « passe sanitaire ». Il s'agit donc d'une véritable obligation vaccinale sanctionnée par un licenciement, ce qui porte une atteinte manifestement disproportionnée au droit à l'emploi, sans aucun lien avec l'objectif du législateur.

Si nous sommes convaincus que ce licenciement serait nul (car discriminatoire sur le fondement de l'état de santé et portant atteinte à la vie privée des salariés notamment), il paraît en effet évident qu'un employeur va vouloir licencier un salarié dont le contrat de travail serait suspendu, et utiliser le "passe vaccinal" comme un outil de chantage à l'emploi.

4 ° - L'éviction des représentants du personnel

Sur le plan individuel, aucune consultation des organisations syndicales ou des institutions représentatives du personnel spécifique n'est envisagée pour éviter la mise en œuvre de ces mesures, qui s'apparentent sans aucun doute à des sanctions comme cela a déjà été démontré s'agissant notamment de la suspension unilatérale du contrat avec interruption du versement de la rémunération.

Les salariés sont également livrés à eux même sans faculté d'accompagnement par leurs représentants dans ces procédures, alors que le droit du travail prévoit une possibilité d'assistance des salariés lors des entretiens avec leur employeur lorsqu'ils ont une nature disciplinaire, ce qui est le cas dans la loi bien que le gouvernement tente de faire croire le contraire.

Les représentants du personnel, ou la médecine du travail, ne sont pas plus impliqués sur la recherche de poste de reclassement pour les salariés dont le contrat est suspendu, alors que cette obligation existe en droit du travail.

En écartant les représentants des salariés de la mise en œuvre de ces mesures et en privant les salariés d'une faculté d'assistance lors des entretiens prévus ou de la recherche des postes de reclassement, la loi porte une atteinte manifestement au droit à la représentation et devra être censuré.

Sur le plan collectif, le Conseil constatera également que les organisations syndicales et les institutions représentatives du personnel sont totalement écartées de la mise en œuvre du "passe vaccinal" et de ses conséquences, modifiant pourtant considérablement l'organisation et les conditions de travail, qu'ils soient ou non en possession d'un "passe vaccinal". Cela est d'autant plus choquant s'agissant de mesures qui pourront avoir un impact important sur la santé des travailleurs, alors que leur connaissance des conditions de travail aurait été précieuse pour éviter ou, à tout le moins, limiter ces atteintes.

Si les représentants du personnel pourront toujours exercer leurs attributions sur le fondement du droit commun, ce qu'ils ne manqueront pas de faire, l'absence de procédure spécifique compte tenu de la gravité des mesures envisagées et de leurs conséquences sur les travailleurs porte une atteinte disproportionnée au droit à la participation des salariés garanti par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946.

Votre Conseil ne s'est pas prononcé sur l'atteinte au droit à la représentation s'agissant de la mise en place du "passe sanitaire". Sa transformation en obligation vaccinale pour les travailleurs, d'autant plus attentatoire aux droits et libertés, impose d'autant plus l'implication des représentants du personnel dans sa mise en œuvre. La loi restant muette à ce sujet porte donc une atteinte grave au droit à la représentation, et manifestement sans objet avec l'objectif de protection de la santé.

5° - Une atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par le législateur

Le changement d'objectif par rapport au "passe sanitaire"

Avant de démontrer le caractère disproportionné des mesures, nous attirons l'attention du Conseil sur le changement d'objectif assumé par le Gouvernement.

En effet, l'objectif initial de toutes ces mesures restrictives de libertés était de lutter contre la propagation de l'épidémie.

Dans son avis portant sur la mise en place du "passe sanitaire", le Conseil d'Etat rappelait en effet :

*« Le Conseil d'Etat souligne ainsi que l'application du « passe sanitaire » à chacune des activités pour lesquelles il est envisagé de l'appliquer doit être justifiée par l'intérêt spécifique de la mesure pour **limiter la propagation de l'épidémie**, au vu des critères mentionnés précédemment et non par un objectif qui consisterait à inciter les personnes concernées à se faire vacciner » (Avis CE n°403.629 du 19 juillet 2021, cons.13).*

S'agissant du "passe vaccinal", l'objectif principal est de contraindre les citoyens à se vacciner, sans se soucier de savoir si d'autres mesures pourraient être plus utiles et moins attentatoires aux droits et libertés fondamentaux pour lutter contre la propagation de l'épidémie.

Le Gouvernement, et même le Président de la République, assument ce changement d'objectif.

Le Conseil d'Etat l'a également identifié, dans l'avis qu'il a rendu sur le "passe vaccinal":

« Le Conseil d'Etat relève que le « passe vaccinal » est présenté par les pouvoirs publics comme visant, en outre, à inciter les personnes ne s'étant pas encore engagées dans un schéma vaccinal à entamer cette démarche.[...]. Il [le Conseil d'Etat] relève que si l'impossibilité d'accéder à ces activités au bénéfice du seul résultat négatif d'un examen de dépistage virologique ne peut par elle-même se justifier par l'objectif de limiter le risque de transmission par la personne concernée, elle contribue en revanche à l'objectif énoncé précédemment de limiter le risque de voir la personne développer la maladie, y compris une forme sévère de celle-ci, ainsi qu'à l'objectif indirect d'incitation à la vaccination » (Avis CE n°404.676 du 16 décembre 2021, cons. 8 et 10).

La transformation du "passe sanitaire" en "passe vaccinal" opère un glissement d'un objectif collectif de santé publique et de lutte contre l'épidémie à un objectif individuel de vaccination, sans que cela ait pour autant été proportionné. A cet égard, il a été rappelé ci-dessus que le mot « propagation » est supprimé des lois de gestion de la crise sanitaire en vigueur⁹ : il est donc intégré que la lutte contre la propagation de l'épidémie n'est plus d'actualité mais bien seulement la lutte contre la maladie elle-même, ce qui semble tout à fait illusoire en l'état des données de la science.

Toutefois, la généralisation de la vaccination ne peut pas être un objectif en tant que tel, justifiant les atteintes aux libertés, sans garanties adaptées. C'est bien par rapport à l'objectif de lutte contre l'épidémie que doit être appréciée la proportionnalité du "passe vaccinal".

Le passage du "passe sanitaire" au "passe vaccinal" et la transformation insidieuse de l'objectif par le législateur doit donc inviter le Conseil à renforcer son contrôle de proportionnalité de la mesure, comme l'a d'ailleurs remarqué le Conseil d'Etat :

« Le Conseil d'Etat relève que la mesure de « passe vaccinal » prévue est susceptible de porter une atteinte particulièrement forte aux libertés des personnes souhaitant accéder aux activités en cause. Il souligne en particulier qu'elle peut limiter significativement la liberté d'aller et de venir et est de nature à restreindre la liberté de se réunir et le droit d'expression collective des idées et des opinions (voir sur ce point la décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021, paragr. 37). L'atteinte est renforcée, s'agissant du « passe vaccinal », par la restriction des justificatifs admissibles. La mesure appelle dès lors également un strict examen préalable de nécessité et de proportionnalité, dans son principe comme dans

⁹ Loi n°2021-689 du 31 mai 2021 et loi n°2021-1040 du 5 août 2021, modifiées par l'article 1^{er} de la loi adoptée

son étendue et ses modalités de mise en œuvre, au vu des données scientifiques disponibles » (Avis CE n°404.676 du 16 décembre 2021, cons.6).

Force est de constater, que le “passe vaccinal” est largement disproportionné à l’objectif initial de ces mesures attentatoires, à savoir la lutte contre l’épidémie.

Le caractère disproportionné des atteintes

La question à laquelle doit répondre le Conseil est de savoir si l’instauration d’un “passe vaccinal” opère une conciliation équilibrée entre les atteintes aux libertés des travailleurs précédemment énoncées et l’objectif de lutte contre la propagation de l’épidémie.

Comme le rappelle le Conseil d’Etat s’agissant des obligations vaccinales, il appartient au Conseil Constitutionnel de vérifier que :

« les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l’objectif visé » (Avis CE n°404.676 du 16 décembre 2021, cons.17).

Or, l’instauration d’une obligation vaccinale par la mise en place d’un “passe vaccinal” est manifestement inappropriée à l’objectif visé.

En effet, il existe des mesures beaucoup moins attentatoires aux libertés mais également beaucoup plus efficaces dans la lutte contre l’épidémie qu’une obligation vaccinale.

Il suffit pour s’en convaincre de donner un exemple : un travailleur non vacciné, mais qui présenterait un test virologique négatif pourrait voir son contrat de travail suspendu voire rompu, alors qu’un travailleur vacciné mais potentiellement porteur du virus pourrait quant à lui travailler.

Dans son avis sur le “passe sanitaire”, votre Conseil avait d’ailleurs validé la loi en rappelant que :

« la suspension du contrat de travail ne peut intervenir que si le salarié ou l’agent public ne présente ni le résultat d’un examen de dépistage virologique négatif, ni un justificatif de statut vaccinal, ni un certificat de rétablissement ». (DC n°2021-824, du 5 août 2021, cons. 84).

La transformation du “passe sanitaire” en “passe vaccinal” restreint les justificatifs pouvant être présentés par un travailleur et accroît donc les hypothèses de suspension du contrat de travail, sans que cela ait un lien avec l’objectif de protection de la santé. C’est le choix laissé au travailleur sur le justificatif à présenter qui garantissait, pour votre Conseil, la proportionnalité du dispositif.

Il est flagrant que l’objectif de contenir la propagation de l’épidémie n’est pas du tout atteint avec le “passe vaccinal”, et que les atteintes qu’il porte aux droits et libertés des travailleurs ne sont donc pas justifiées.

Par ailleurs, toutes les critiques qui ont déjà été formulées contre le “passe sanitaire” sont d’autant plus valables s’agissant du “passe vaccinal”, qui renforce les atteintes aux libertés en restreignant les possibilités pour les travailleurs de justifier de leur situation.

- La suspension du contrat de travail et la privation de rémunération pour défaut de présentation d’un “passe vaccinal” ne sont pas limitées dans le temps, et pourraient donc potentiellement perdurer en cas de rétablissement de la situation sanitaire.
- Le fait d’interrompre le versement de la rémunération des salariés dont le contrat est suspendu ne répond absolument pas à l’objectif sanitaire. Pourquoi ne pas prévoir la mise en œuvre du mécanisme d’activité partielle, de suspension du contrat avec maintien de salaire, voire d’arrêt maladie dérogatoire le temps que le travailleur soit en mesure de présenter un schéma vaccinal complet, comme cela a été le cas lors des premiers confinements pour certains travailleurs ?
- Enfin, s’il était besoin de le redire, rompre le contrat de travail d’un salarié qui ne présente pas de “passe vaccinal” n’améliorera en rien la situation sanitaire.

En outre, l’instauration de contrôles d’identité apparaît également manifestement inappropriée à l’objectif de lutte contre l’épidémie. En effet, comme il a été démontré, les contrôles seraient effectués par des travailleurs non formés, sur la base de critères discrétionnaires, discriminatoires et aléatoires. Ce n’est qu’à la marge, que de tels contrôles permettraient de s’assurer de l’identité du titulaire du “passe vaccinal” et donc des éventuels risques de contagion. Cet outil est donc inefficace dans la lutte contre la propagation de l’épidémie. Laisser les contrôles d’identité aux forces de police est bien moins attentatoire aux droits et libertés et plus en accord avec l’objectif voulu par le législateur.

Votre Conseil ne pourra que censurer cette mesure non pertinente et manifestement disproportionnée à l’objectif poursuivi.

A toutes fins utiles, il est une nouvelle fois rappelé qu'une partie autorisée de la doctrine s'étonnait aussi des graves atteintes portées aux droits constitutionnels en lien avec le travail présent dans la loi relative au "passe sanitaire" :

« Le licenciement était une sanction manifestement disproportionnée. La suspension du contrat avec suspension du salaire reste une sanction disproportionnée et une sorte de licenciement déguisé ou retardé, puisqu'elle ne s'accompagnera d'aucune garantie indemnitaire. Donc, il y a une atteinte au principe de droit du travail. Les règles du contrat de travail entre l'employeur et le salarié sont bousculées de manière unilatérale et disproportionnée par le législateur en introduisant cette sanction. Au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit du travail et à la relation employeur-salarié, il y a donc, à nouveau, un fort risque d'inconstitutionnalité sur cette disposition¹⁰ ».

Cela est d'autant plus vrai avec sa transformation en "passe vaccinal".

D. Sur la modification de l'article 1, d de la loi du 31 mai 2021 par ajout d'un alinéa

La loi adoptée modifie l'article 1 D de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 pour modifier les sanctions applicables en cas de détention d'un passe falsifié pour augmenter les sanctions attachées à cette infraction.

Un cas d'exonération de responsabilité est prévu en cas de vaccination dans un délai de 30 jours à compter de l'infraction ou de l'entrée en vigueur de la loi.

Une telle cause d'exonération est manifestement sans rapport avec l'infraction constatée.

En effet, l'obligation de présentation d'un passe est supposée être justifiée par la protection de la santé des tiers et, plus marginalement, de son détenteur. Le dommage est ainsi intégralement réalisé par l'utilisation d'un passe falsifié.

Faire d'une vaccination postérieure un motif exonératoire de responsabilité pénale traduit l'instrumentalisation du droit pénal pour contraindre à la vaccination, pourtant non obligatoire.

En effet, c'est au parquet de faire le choix des poursuites et au juge du siège de décider d'une éventuelle condamnation. Soumettre la condamnation ou la poursuite pénale à une présentation d'un document de première vaccination postérieure est contraire à l'article 12 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et au principe de nécessité des infractions pénales, ainsi qu'à l'article 66 de la Constitution qui prévoit que « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

¹⁰ Dominique Rousseau, constitutionnaliste, professeur de droit interrogé par France Inter le 27 juillet 2021 <https://www.franceinter.fr/projet-de-loi-sanitaire-un-fort-risque-d-inconstitutionnalite-selon-le-juriste-dominique-rousseau>.

E. Sur la modification de l'article 1, J de la loi du 31 mai 2021 par ajout d'un alinéa : grief d'incompétence négative du législateur concernant la protection du droit à la santé

La loi adoptée étend l'application de l'article 1 J de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 concernant les hypothèses de contre-indication à la vaccination à toutes les hypothèses désormais concernées par le passe vaccinal.

Pourtant, les modalités de fixation des cas de contre-indications médicales sont contraires à la Constitution.

En effet, ce texte prévoit que les cas de contre-indications sont fixés par « *décret, pris après avis de la Haute Autorité de santé* ».

Ainsi, le pouvoir réglementaire s'arroge le droit, *in abstracto*, de fixer les hypothèses limitatives de contre-indications médicales.

Une telle fixation est tout à la fois contraire au principe d'indépendance de la médecine que vous dégagez et à la protection de la santé des patients. Il a été rappelé précédemment que le droit à la santé est protégé constitutionnellement. **Et il appartient au législateur seul de limiter les cas où les contre-indications à la vaccination ne seraient pas fixées par un médecin mais par l'administration.** L'avis de la Haute autorité de santé est, de surcroît, simplement consultatif.

En effet, les données de santé sont, par définition, évolutives. Il est dès lors indispensable que les professionnels de santé puissent adapter les prescriptions et certificats de contre-indication à l'évolution des données de pharmacovigilance.

En outre, la médecine est un art et non une science, de sorte qu'elle doit s'adapter à chaque patient, susceptible de réagir différemment.

Ainsi, prévoir des hypothèses limitatives de contre-indication sans prise en compte des situations individuelles est susceptible de porter atteinte à la santé du patient.

L'on peut par exemple citer le cas d'une patiente subissant un traitement oncologique complexe qui a cessé de fonctionner après une première dose de vaccin. Heureusement, après plusieurs tentatives, un nouveau protocole de soin a pu être mis en œuvre, cependant, l'oncologue a déconseillé une seconde dose, craignant une nouvelle interaction avec le protocole.

S'il n'appartient pas aux requérants de prendre position sur cet avis médical, cet exemple souligne le caractère indispensable de laisser le soin à une institution médicale d'apprécier de l'existence d'éventuelle contre-indications à un échelon individuel qui n'auraient pu être envisagées par le pouvoir réglementaire, assorti d'un contrôle juridictionnel.

Il en résulte que ce texte est entaché d'incompétence négative du législateur, en violation du droit constitutionnel à la santé.

F. Sur l'article 16 de la loi adoptée : l'extension au préfet de l'accès aux données personnelles de santé

Selon l'article 16 de la loi adoptée :

« L'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions est ainsi modifié : 1° Après le 5° du II, il est inséré un 6° ainsi rédigé : « 6° L'adaptation, à partir des dates et résultats des examens de dépistage virologique, de la durée des mesures de mise en quarantaine ou de placement et de maintien en isolement prévues aux 3° et 4° du I de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique et au 2° du I de l'article L. 3131-1 du même code. » ; 2° Après la deuxième phrase du premier alinéa du III, est insérée une phrase ainsi rédigée : « Les agents spécialement habilités des services préfectoraux peuvent recevoir les données strictement nécessaires à la poursuite de la finalité mentionnée au 6° du II du présent article. »

Il permet ainsi l'accès par les services préfectoraux du système d'information « SI-DEP » aux fins d'assurer le suivi et le contrôle du respect du placement en quarantaine ou à l'isolement.

Autrement dit, le préfet aura accès à des données personnelles de santé, qui sont considérées comme particulièrement sensibles tant par le Conseil de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'Homme que l'Union européenne.

Il a été rappelé précédemment que vous rattachez le droit au respect de la vie privée à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789. Et vous avez jugé que ce droit impose que :

« la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général

et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif » (CC 2012-652 DC 22 mars 2012, loi relative à la protection de l'identité, cons.8).

Le droit à la protection des données personnelles est donc un corollaire du droit au respect de la vie privée.

Vous en avez déduit qu'il appartient au « législateur d'instituer une procédure propre à sauvegarder le respect de la vie privée des personnes, lorsqu'est demandée la communication de données de santé susceptibles de permettre l'identification de ces personnes » (CC 99-416 DC 23 juillet 1999, loi portant création d'une couverture maladie universelle, cons.51).

Le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (dit « RGPD ») impose de respecter de grands principes pour créer ou consulter tout traitement de données à caractère personnel :

- licéité, loyauté, transparence,
- limitation des finalités,
- minimisation des données : seules doivent être collectées ou consultées ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées,
- exactitude des données,
- limitation de la conservation des données (la durée ne doit pas excéder celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées,
- intégrité et confidentialité des données, qui doivent être traitées de façon à garantir une sécurité appropriée.

En l'occurrence, il n'est prévu par l'article 16 susvisé aucune modalité de détermination de l'établissement des mesures de mise en quarantaine ou de placement en isolement, dont il est déjà annoncé l'assouplissement concernant les personnes « cas contact » au regard de la propagation du nouveau variant Omicron. Il en résulte que la consultation des données de santé se fera au gré de la détermination de ces mesures, sans aucun contrôle.

Il ne peut pas être inféré du texte qu'elle ne sera mise en œuvre que dans les cas où cela sera strictement nécessaire et proportionné à l'atteinte à la vie privée des personnes.

De plus, il n'est aucunement prévu par le texte que l'utilisation de ces données par l'administration ne sera pas effectuée pour d'autres finalités que celles pour lesquelles la consultation est autorisée.

Il en résulte qu'une fois encore, l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 est violé.

Pour toutes ces raisons, la censure de cette loi adoptée doit être prononcée.

Fait à Paris, le 19 janvier 2022

Claire Dujardin, présidente du Syndicat des avocats de France (Saf)

Malik Salemkour, président de la Ligue des droits de l'Homme (LDH)

Céline Verzélétti, secrétaire confédérale de la CGT

Murielle Guilbert et Simon Duteil, co délégué-es généraux de l'union syndicale Solidaires