



**HAL**  
open science

## ”La pandémie, l’obligation vaccinale et la géographie hospitalière”

Caroline Lantero

► **To cite this version:**

Caroline Lantero. ”La pandémie, l’obligation vaccinale et la géographie hospitalière”. *Actualité juridique Droit administratif*, 2022, Force publique et identité constitutionnelle de la France, n° 20, pp. 1179-1183. halshs-03693634

**HAL Id: halshs-03693634**

**<https://shs.hal.science/halshs-03693634>**

Submitted on 23 Jun 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## La pandémie, l'obligation vaccinale et la géographie hospitalière

Caroline Lantero, Maître de Conférences HDR en droit public, UCA, CMH UPR 4232

AJDA 2022, p. 1179

CE, 5-6 CHR, 2 mars 2022, CHU de St Etienne, n° 458237, Leb. T. (1<sup>e</sup> espèce) ; CE, 5-6 CR, 2 mars 2022, CHU de St Etienne, n°459274, Leb. T. (2<sup>e</sup> espèce) ; CE, 5-6 CHR, 2 mars 2022, Min. des solidarités et de la santé, n°459589, ministre de l'Économie et des finances, n° 459790, Leb. T. (3<sup>e</sup> espèce).

**A la suite de l'obligation vaccinale contre le Covid19 posée par la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, plus d'un millier de référés-suspension ont été introduits par des agents publics suspendus de leur fonction. Le périmètre exact de l'obligation avait créé des divergences au sein des juges de première instance. Le Conseil d'État est venu en tracer les contours.**

L'étendue de l'obligation est fixée à l'article 12 de la loi du 5 août 2021 et les personnes concernées devaient présenter, à compter du 15 septembre 2021, un schéma vaccinal complet, ou un certificat de rétablissement, ou une contre-indication à la vaccination, ou un test négatif en cas de schéma vaccinal incomplet. À compter du 15 octobre 2021, la dérogation transitoire liée au schéma vaccinal incomplet disparaissait. Par déduction des chiffres donnés par le ministère de la Santé à la presse en octobre 2021 (« **Covid-19 : « Environ 15.000» professionnels soumis à l'obligation vaccinale ont été suspendus** », **Le Figaro, 12 oct. 2021**), on peut estimer que plus d'un million de personnes étaient concernées par l'obligation vaccinale dans la fonction publique, et qu'environ 6000 agents publics ont été suspendus, soit 0,6% des professionnels, dont 17% environ ont introduit un recours.

Avec ces 0,1% de professionnels restants, les juges des référés et les juges du fond ont été mobilisés et ont posé un certain nombre de cadres. Les premiers ont été appelés à statuer en référé dès septembre et octobre 2021 et ont, lorsqu'ils ne rejetaient pas la requête sur le seul défaut d'urgence (environ 80% des rejets), précisé le contour de l'obligation vaccinale et la nature juridique de la décision de suspension.

Le Conseil d'État est déjà intervenu à plusieurs reprises, tant en qualité de juge d'appel (en référé liberté), qu'en qualité de juge en premier et dernier ressort (en référé comme au fond), et qu'en qualité de juge de cassation (en référé-suspension, mais pas encore au fond).

Deux principes ressortaient déjà clairement de la jurisprudence. En premier lieu, l'obligation vaccinale constitue, par définition, une violation du consentement qui ne peut donc pas être utilement invoquée (**CE, 6 mai 2019, Ligue nationale pour la liberté des vaccinations, n° 419242, Leb.**, conf. dans **CE, 10 déc. 2021, n° 456004, Leb.**). En second lieu, la décision de suspendre les fonctions n'est pas une mesure disciplinaire devant respecter les exigences de procédures fixées par les textes (**CE, Ord., 18 octobre 2021, n° 457213**). Au-delà, de nombreuses questions restaient toutefois à trancher.

Par quatre décisions du 2 mars 2022, c'est en qualité de juge de cassation d'une série de référés suspension que le Conseil d'État a, en formation collégiale avec conclusions de rapporteur public, précisé les dernières inconnues du champ d'application de la suspension des fonctions et de l'obligation vaccinale. Dans l'une de ces décisions, il a stabilisé le régime juridique de la suspension de l'agent se trouvant en arrêt maladie (**CE, 2 mars 2022, CH**

**Bretagne Sud, n° 458353, v. C. Chauvet, La pandémie, l'obligation vaccinale et l'arrêt maladie, AJDA 2022. 1175).** Dans trois autres décisions, il s'est prononcé sur le périmètre géographique de l'obligation. En attendant la nouvelle vague(lette) de recours éventuellement dirigés contre une décision de suspension pour défaut de 3<sup>e</sup> dose au 31 janvier 2022, l'état du droit est désormais mieux connu sur les conditions d'un référé comme sur les moyens susceptibles de prospérer au fond.

Dans les trois décisions du 2 mars 2022 commentées, certains des requérants originels soulevaient encore des moyens dirigés contre l'obligation vaccinale proprement dite et contre le décret d'application de la loi, et l'occasion est ici donnée de rappeler ce que le Conseil d'État a déjà jugé sur la question (I). En l'espèce, tous estimaient être dispensés de leur obligation vaccinale en raison de la localisation de leur activité professionnelle et/ou de leur isolement, et avaient eu gain de cause devant le juge des référés du tribunal administratif. Sur pourvoi de leur employeur, le Conseil d'État censure l'erreur de droit (II).

## I. Sur le principe de l'obligation vaccinale

Dans de nombreux recours, en référé comme au fond, dirigés contre les décisions les suspendant, les requérants ont immanquablement critiqué la loi du 5 août et son décret d'application n° 2021-1089 du 7 août 2021, en soulevant notamment des moyens tirés de leur inconventionnalité et de leur inconstitutionnalité.

En référé-suspension, les débats sur le doute sérieux préfigurent souvent les débats au fond sur la légalité, et les jurisprudences du juge des référés du Conseil d'État donnent de sérieux indices sur les solutions au fond. C'est moins le cas pour les ordonnances de référé-liberté, compte tenu des exigences de la procédure. D'ailleurs, aucun recours n'a prospéré, faute d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. L'obligation vaccinale constitue à l'évidence une atteinte aux libertés. Néanmoins, et le refrain est bien connu depuis deux ans, « eu égard à l'objectif de santé publique poursuivi », une telle ingérence dans les libertés ne constitue pas une atteinte grave et manifestement illégale au sens du référé-liberté et aucun n'a prospéré, qu'il fût fondé sur le droit à la vie (**CE, Ord., 27 septembre 2021, n° 456571**), la liberté du travail (**CE, Ord., 8 octobre 2021, n° 456947**), la liberté syndicale (**CE, Ord., 20 octobre 2021, n° 457101**), le respect du principe d'égalité (**CE, Ord., 18 octobre 2021, n° 457213**) qui, au demeurant, n'est toujours pas reconnu comme une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (**CE, ord., 14 mars 2005, Gollnisch, n° 278435, CE, ord., 1<sup>er</sup> sept. 2017, Dannemarie, n°413607, AJDA 2017. 2076, note M. Carpentier**), ou encore le respect de l'intégrité physique, la dignité de la personne humaine, le droit du patient de donner son consentement libre et éclairé aux soins médicaux qui lui sont prodigués et la liberté individuelle (**CE, ord., 18 octobre 2021, n° 457216**).

S'agissant de la conventionnalité des dispositions contestées, le Conseil d'État a tranché au fond lors de l'examen de la « loi de Pays » de Polynésie française qui avait fixé une obligation vaccinale plus large qu'en métropole (**CE, 9-10 CHR, 10 déc. 2021, A., n° 456004, Leb.**). Répondant à l'invitation de son rapporteur public estimant qu'il était temps de « tordre le cou à l'idée selon laquelle ces vaccins seraient expérimentaux et les rendre obligatoires reviendrait à organiser des essais cliniques sans le consentement des participants » (**A. Skzryerbak concl. sur CE, 9-10 CHR, 10 déc. 2021, A., n° 456004, ArianeWeb**), le Conseil d'État a jugé que les moyens dirigés contre le caractère expérimental des vaccins et tirés de la méconnaissance de la convention du 4 avril

1997 sur les droits de l'homme et la biomédecine d'Oviedo étaient inopérants. Dans cette même décision, il a affirmé, dans la lignée d'une jurisprudence antérieure (**CE, 6 mai 2019, Ligue nationale pour la liberté des vaccinations, n° 419242, Leb.**) que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme était admise, car justifiée par des considérations de santé publique et proportionnée à l'objectif poursuivi. La Cour européenne ne s'est pas prononcée sur la loi française, mais un recours en ce sens est pendant (**CEDH, 7 oct. 2021, Thevenon c. France, n° 46061/21**), quoique la question de la recevabilité et de l'épuisement des voies de recours internes reste en suspens. En tout état de cause, des signaux ont été déjà donnés par la Cour qui a rejeté toutes les demandes de mesures provisoires (souvent dilatoires), mais a surtout précisé au fond les justifications d'une obligation vaccinale (**CEDH, Gde Ch., 8 avr. 2021, Vavricka c. République tchèque, n° 47621/13**). À notre sens, la loi française passe tous les tests de la jurisprudence de la Cour : existence d'un consensus sur les effets bénéfiques de la vaccination, risques limités et étroitement contrôlés d'effets secondaires, besoin social impérieux, et, surtout, « ample » marge d'appréciation des États.

Sur ce même front de l'inconventionnalité, des critiques avaient également été fondées sur la méconnaissance de l'article 2 de la Charte de l'Union européenne (droit à la vie), et l'article 2 du traité de l'UE (dignité humaine), ainsi que du RGPD, mais ont été écartées en référé (**CE, Ord., 10 septembre 2021, n°456233**). Notons enfin que la CJUE a été saisie d'une question préjudicielle par un tribunal italien sur la validité actuelle des autorisations conditionnelles de mises sur le marché des vaccins, eu égard à l'arrivée de traitements alternatifs efficaces (**CJUE, 13 déc. 2021, Affaire C-765/21**). Les questions de conventionnalité relatives à l'obligation vaccinale ne sont donc pas épuisées.

S'agissant enfin de la constitutionnalité, et alors que cet examen n'avait – volontairement – pas été demandé au Conseil constitutionnel lors de sa saisine par voie d'action (**Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021**), le Conseil d'État s'est finalement prononcé en refusant de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel (**CE, 5-6 CHR, 28 janv. 2022, n° 457879, Leb. T.**). Sa réponse emprunte au plus grand classicisme de la jurisprudence constitutionnelle, et vise en particulier une précédente décision du Conseil constitutionnel qui, en 2015, avait fixé la (large) marge de manœuvre du législateur en matière de politique de vaccination, le laissant entièrement libre de la définir et de la faire évoluer selon les données scientifiques, médicales et épidémiologiques à disposition (**décision n°2015-458 QPC du 20 mars 2015**). Suivant cette ligne, critiquée en son temps (v. **K. Foucher et V. Rachet-Darfeuille, L'autocensure du Conseil constitutionnel sur l'obligation vaccinale, JCP G, 2015. 634**), le Conseil d'État a estimé que l'obligation vaccinale était justifiée par une exigence de santé publique et n'était pas manifestement inappropriée à l'objectif poursuivi. À ce titre, elle ne porte pas atteinte, selon lui, au droit à la protection de la santé garanti par le Préambule de la Constitution de 1946 (cf. **Décision n°2004-504 DC du 12 août 2004**), au droit à la dignité de la personne humaine (cf. **Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994**) ou encore à l'inviolabilité du corps humain (cette position est peut-être moins classique, le Conseil constitutionnel ne l'ayant pas formellement reconnu comme un droit à valeur constitutionnelle). Le Conseil d'État a également précisé qu'en cas de non-respect de l'obligation vaccinale, les contrats ou fonctions étaient seulement suspendus, et que la loi opérait ainsi une conciliation qui « n'est pas manifestement déséquilibrée entre les exigences constitutionnelles qui découlent du droit à l'emploi » garanti par l'article 14 du Préambule de 1946 et du droit à la protection de la santé. Enfin, le Conseil d'État a jugé que l'obligation vaccinale ne portait pas atteinte au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la DDHC, dès lors que la différence de traitement des personnes était justifiée par leur différence de situation (cf. **Décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996**). Le « critère géographique » de l'obligation vaccinale, comme l'avait désigné le juge des référés (**CE, Ord., 30 août 2021, n° 455623**), était ici au centre du grief avec, à n'en pas douter, la question des professionnels en contact ou non avec un public vulnérable. Amorcée dans la

décision refusant la transmission d'une QPC (**CE, 5-6 CHR, 28 janv. 2022, n° 457879, préc.**), la question de ce critère géographique est entièrement purgée dans les trois décisions du 2 mars 2022.

## **II. Sur le périmètre de l'obligation vaccinale**

En matière d'obligations vaccinales, on distingue celles qui visent la population générale dans un objectif large de santé publique, de celles qui visent certains professionnels, dans un objectif plus resserré de protection desdits professionnels et des publics vulnérables qu'ils côtoient. Le législateur est très souvent intervenu pour définir une politique de vaccination obligatoire pour la population générale : contre la variole en 1902, la diphtérie en 1938, le tétanos en 1940, la tuberculose en 1950, la poliomyélite en 1964, etc. Aujourd'hui, la liste des onze vaccins obligatoires est inscrite à l'article L. 3111-2 du code de la santé publique. Les personnes exerçant dans un établissement ou un organisme de prévention ou de soins ont été soumises, dès une loi du 27 août 1948, à une immunisation obligatoire contre la variole, les fièvres typhoïde et paratyphoïde A et B, la diphtérie et le tétanos. Le critère fixé était alors purement géographique. Aujourd'hui, l'article L. 3111-4 du code de la santé publique vise les personnes qui « exercent une activité professionnelle l'exposant ou exposant les personnes dont elle est chargée à des risques de contamination », ce qui inclut les étudiants et les professionnels exerçant dans un laboratoire de biologie médicale. Pour ces personnes, le législateur pose une obligation vaccinale contre l'hépatite B, la diphtérie, le tétanos, la poliomyélite et la grippe (obligation suspendue par un décret n° 2006-1260 du 14 octobre 2006). Les dispositions actuellement en vigueur semblent privilégier le seul critère professionnel et se cristalliser sur la notion de contact avec des usagers (vulnérables ou contaminants). En tout état de cause, le personnel administratif des établissements sanitaires et médico-sociaux n'est pas concerné par l'obligation vaccinale, la vaccination leur étant seulement recommandée (**Instruction DGS/RI1/RI2 no 2014-21 du 21 janvier 2014**).

L'article 12 de la loi du 5 août 2021 a défini le champ de l'obligation vaccinale contre le Covid-19 en retenant les deux critères. Un critère géographique vise les personnes exerçant leur activité dans certains types d'établissements (principalement des établissements sanitaires et médico-sociaux). Un second critère, professionnel, vise les personnes exerçant une activité de santé (médecin, masseur-kinésithérapeute, infirmière, sage-femme, etc.). En dépit du critère géographique, il ressort unanimement des travaux parlementaires, auditions, et avis rendus (par ex. **HAS, avis n° 2021.0047/AC/SEESP du 8 juillet 2021, Académie nationale de médecine et Académie nationale de pharmacie, communiqué du 9 juillet 2021**), que l'objectif de l'obligation vaccinale était de sécuriser les contacts entre professionnels de santé et les personnes vulnérables, à l'image des obligations vaccinales « de droit commun » inscrites à l'article L. 3111-4 du code de la santé publique.

Aussi, et si l'on ne s'encomrait pas l'esprit avec le critère géographique, ni avec le principe de solidarité sous-jacent à la vaccination, il n'était pas totalement illégitime de s'interroger sur le sort des personnes exerçant certes dans les établissements visés par la loi, mais n'étant pas en contact avec des usagers vulnérables. Les juges des référés des tribunaux administratifs avaient proposé des solutions très opposées. Pour la majorité, l'obligation concernait aussi les personnels qui ne sont pas en contact direct avec les usagers, « *dès lors qu'ils entretiennent nécessairement, eu égard à leur lieu de travail, des interactions avec des professionnels de santé en contact avec ces derniers* » (au sujet d'un aide-soignant en décharge syndicale à 100% : **TA Châlons-en-Champagne, 5 oct. 2021, M., n° 2102174** ; au sujet d'un personnel administratif exerçant dans des locaux distincts : **TA Montpellier, 27 oct. 2021, n° 2102451**). Pour le juge des référés du tribunal administratif de Lyon, en revanche, les agents travaillant au sein de la cuisine centrale d'un CHU n'étaient pas,

« compte tenu de la localisation » de ladite cuisine, au nombre des personnes concernées par l'obligation vaccinale (**TA Lyon, 22 oct. 2021, n° 2107952 et n°2108124**). Et pour le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble, plus précis dans sa motivation, un agent contrôleur principal à la trésorière hospitalière n'était pas soumis à l'obligation, « eu égard à ses missions et à la configuration des locaux », et à l'absence de contact avec des patients et d'interactions avec des professionnels de santé en contact avec ses derniers (**TA Grenoble, 8 déc. 2021, n°2107605**).

Ces ordonnances lyonnaises et grenobloise ont fait l'objet de pourvois en cassation qui ont donné lieu aux trois décisions du 3 mars 2022 présentement commentées. Elles censurent toutes les trois pour erreur de droit le juge de première instance, sur le fondement d'un point de principe rigoureusement identique (point 4, commun aux trois décisions), dans lequel le Conseil d'État joint l'esprit des travaux (les motifs de l'obligation) et la lettre de la loi (le périmètre de l'obligation). Il énonce en premier lieu qu'en adoptant le principe d'une obligation vaccinale « pour l'ensemble des personnes exerçant leur activité dans les établissements mentionnés, le législateur a entendu (...) garantir le bon fonctionnement des services hospitaliers publics (...) et protéger (...) la santé des personnes qui y étaient hospitalisées ». Il énonce en second lieu qu'il en résulte que l'obligation vaccinale « s'impose à toute personne travaillant régulièrement au sein de locaux (...), quel que soit l'emplacement des locaux en question et que cette personne ait ou non des activités de soins et soit ou non en contact avec des personnes malades ou des professionnels de santé ».

Dans les deux premières espèces, peu importe la localisation des locaux dans lesquels les agents exercent leur activité, ils doivent être vaccinés (**CE, 5-6 CHR, 2 mars 2022, CHU de St Etienne, n° 458237, Leb. T. ; CE, 5-6 CR, 2 mars 2022, CHU de St Etienne, n°459274, Leb. T.**). La décision ne dit pas où se situe cette fameuse cuisine centrale, mais si elle est sur le site du CHU de Saint-Étienne, fût-ce dans un bâtiment à part, la solution est fort logique dès lors que les agents circulent nécessairement au sein du site et sont nécessairement en contact avec d'autres agents.

Dans la troisième espèce, peu importe la localisation des lieux et l'absence de tout contact avec les patients ou d'interactions avec les professionnels de santé, les agents doivent être vaccinés (**CE, 5-6 CHR, 2 mars 2022, Min. des solidarités et de la santé, n°459589, ministre de l'Économie et des finances, n° 459790, Leb. T.**). Cette solution semble bien drastique, mais elle était écrite de longue date. La loi du 5 août 2021 n'avait pas prévu d'autre exception à l'obligation vaccinale que la contre-indication au vaccin ou un certificat de rétablissement. Aussi, et dès l'entrée en vigueur de cette obligation, même les agents en télétravail y étaient soumis, ce que le ministre de la Santé avait d'ailleurs précisé, son site internet indiquant toujours qu'il « n'y a pas de distinction pour les personnes en télétravail, donc l'obligation vaccinale leur est applicable ».

Si la cohérence de l'économie générale de l'obligation vaccinale est peut-être devenue discutable dès lors que le variant Omicron a changé la donne, que la tension hospitalière baisse et que l'ensemble des mesures (passe sanitaire, passe vaccinal, masque) ont été levées par ailleurs depuis le 14 mars 2022, le tracé du périmètre effectué par le Conseil d'État ne pouvait guère prendre une autre forme.