

REVUE DES LIBERTES FONDAMENTALES

2020 | 2021

84^e édition

INCLUS :
LE CODE
EN LIGNE

CODE
DU
TRAVAIL

Annoté

Commenté en ligne

LE DROIT DU TRAVAIL A L'EPREUVE DE LA CRISE

Débat "Les Normes COVID
sont-elles attentatoires aux
libertés fondamentales ?"

Plusieurs articles sur la question
de Professeurs, Avocats et Juristes
spécialisés en matière de droit du
travail et de la protection sociale.


ORDRE DES AVOCATS
BARREAU DE BORDEAUX

COMITE DE DEFENSE DES DROITS FONDAMENTAUX DU BARREAU DE BORDEAUX

2022 / 02
Janvier

SOMM

04 | Editorial

06 | Les Normes COVID sont-elles attentatoires aux libertés fondamentales ?

08 | Liberté d'expression des salariés

12 | Papier & numérique
Propos sur la lutte contre les discriminations dans l'emploi

14 | La préservation des libertés fondamentales au regard du déploiement du télétravail

MAIRE

18

La question du bien être et du
mangement.

22

Les suspensions de fonctions
de salariés et agents publics en
congé maladie et congé
maternité

30

La contestation de la suspension
du contrat de travail dans le cadre
des mesures COVID

34

La liberté syndicale dans la
fonction publique à l'épreuve de
la crise sanitaire

46

Tout le monde peut devenir créatif :
la créativité est comme un sport !



***Maître Jacques-Brice
Momnougui,
Avocat au Barreau de
Bordeaux***

EDITORIAL

« Le travail éloigne l'homme de trois grands maux : l'ennui, le vice et le besoin ».
Voltaire

Le droit du travail souvent appelé « Droit social » n'a pas été épargné par les dispositions législatives et réglementaires liées à la Covid 19 : mise en place du télétravail, chômage partiel pour cause de Covid, vaccination obligatoire pour certains salariés, suspension des droits salariaux dans certains cas. Ainsi, le droit au travail, véritable droit fondamental, est devenu dépendant de l'état sanitaire des salariés, alors même qu'il contribue, en lui-même, à leur épanouissement social.

A titre d'illustration, le salarié peut être placé en chômage partiel lorsque trois conditions sont remplies :

- Le poste de travail peut l'exposer à de fortes densités virales ;
- Le salarié ne peut pas bénéficier de mesures de protection renforcées ;
- Le médecin traitant du salarié établit un certificat d'isolement à remettre à son employeur confirmant qu'il est dans une situation médicale de vulnérabilité.

Partant, l'obligation de fournir un emploi à ses salariés, se voit augmenter de l'obligation de leur mettre à disposition des conditions sanitaires optimales visant à réduire les risques de contagion virale.

En modifiant ainsi les règles du travail, le législateur ne va-t-il pas favoriser le remplacement de la main d'œuvre humaine par des automates ?

Au-delà de cette question, l'on peut s'inquiéter du sort des salariés dont l'accès à l'emploi est conditionné aux mesures sanitaires ? Ou encore de l'employeur qui n'a pas les moyens de garantir à ses salariés un emploi sans contact protégé avec le public ? Quid des emplois dépendant des contacts avec le public ?

Le lecteur se forgera sa propre opinion en parcourant cette deuxième édition de la Revue.

Bonne lecture !



**POUR ÊTRE
UNIQUE, IL FAUT
ÊTRE DEUX**

© Photo SFIC CRACHO - Adlobestock

ENTREPRENEUR + AVOCAT

la relance est un travail d'équipe.

Êtes-vous prêts pour la reprise ?

Réalisez votre auto-diagnostic sur avocat.fr

LES NORMES COVID

sont-elles attentatoires ou libertés fondamentales en droit du travail ?



**Maître Hervé Maire,
Avocat spécialisé
en Droit du Travail
à Bordeaux**

A titre liminaire, rappelons que le droit du travail en lui-même peut apparaître comme étant par définition attentatoire aux libertés fondamentales ... du salarié, puisqu'il résulte de sa définition constante qu'il suppose – outre un travail et une rémunération – l'existence d'un lien de subordination.

D'aucun aurait autrefois parlé de dépendance économique, ce qui est tout aussi exact, mais revêtait alors une connotation trop politique.

Nuançons ce propos liminaire par l'indication qu'en réalité, aujourd'hui, ce critère de lien de subordination est utilisé par la doctrine et la jurisprudence pour combattre des pratiques de contournement des dispositions protectrices du droit du travail comme le statut d'autoentrepreneur imposé par des plateformes souvent d'origine anglo-saxonne qui, ce faisant, tentent de priver des livreurs de pizza en vélo et autres travailleurs précaires des temps modernes d'une législation française garantissant des droits sociaux protecteurs.

L'arrivée de l'épidémie de COVID-19 a-t-elle dans ce contexte fragilisé les salariés ?

La réponse gouvernementale se veut d'emblée l'exact contraire : les mesures prises par le Ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion s'intitulent être de protection des salariés et non attentatoires à leurs libertés.

En réalité, et même si l'on évoque des mesures d'urgence et/ou dérogatoires, o, reste dans un cadre bien connu des

travailleurs : l'employeur, justement puisqu'il « bénéficie » du lien de subordination auquel lui est soumis son salarié, a, en contrepartie, l'impérieuse nécessité de s'assurer de la sécurité de son personnel, cette obligation étant avant l'arrêt dit « Air France » considérée comme de résultat d'ailleurs.

Le Ministère du Travail va donc inviter l'employeur à prendre des mesures de protection de la santé des salariés face à l'épidémie du CORONA VIRUS en lui imposant tout d'abord de mettre en œuvre des mesures sanitaires.

Dans le cadre succinct du présent article, il est évidemment impossible de passer en revue les différentes périodes, mais tout un chacun se rappellera de la période initiale de confinement sanitaire du 23 mai au 10 juillet 2020.

Il sera ici évoqué uniquement l'état actuel du droit tel que mis en place par le gouvernement dans le cadre d'un protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de COVID-19.

Il est travaillé sur la version applicable au 25 janvier 2022.



Notons, ce qui est également une spécificité du droit du travail, que le gouvernement va tout d'abord indiquer que les modalités de mise en œuvre des mesures de protection dans l'entreprise doivent se faire dans le cadre d'un dialogue social. Il est donc demandé que soient associés aux décisions de l'employeur les représentants du personnel et syndicaux, ce qui peut en effet être de bon aloi pour mieux protéger les salariés.

Mais rappelons, ce qui est aussi une singularité du droit du travail français, que de très nombreuses entreprises n'ont tout simplement pas de représentants du personnel et/ou de représentants syndicaux compte tenu du faible effectif les concernant (moins de 11 salariés).

Or, cela concerne tout de même un grand nombre d'employés qui seront donc moins conseillés sur les choix que l'employeur va prendre dans leur intérêt selon lui que ceux qui bénéficient de ces tiers « protecteurs ».

Le Ministère du Travail prévoit qu'un référent COVID doit être désigné et rajoute que dans les entreprises de petite taille c'est le dirigeant : tout est dit, il décide selon son bon vouloir et communique la bonne parole à l'ensemble du personnel, le Ministère du Travail rajoutant cependant qu'il peut s'appuyer s'il le souhaite sur les services de santé au travail.

Il est même évoqué la possibilité de télécharger sur le site du Ministère du Travail vidéos et fiches préétablies.

Concernant les mesures de protection des salariés, il s'agit évidemment de mesures d'hygiène et de distanciation physique par le recours au télétravail, le gouvernement précisant que cela doit permettre de « limiter les interactions sociales aux abords des lieux de travail » : le télétravail n'est pas une simple faculté, à compter du 2 février 2022, il est recommandé et l'employeur se doit d'être un missi dominici pour les autres salariés en les informant de l'existence de l'application TousAntiCovid et de l'intérêt de son activation pendant les horaires de travail.

Rien d'original pour le surplus concernant l'aération et la ventilation et, bien sûr, il est rappelé le port du masque dans les lieux collectifs clos.

Par contre, tel n'est pas le cas dans les bureaux individuels, des mesures spécifiques étant prises pour les ateliers, le travail dans l'extérieur ou encore dans des véhicules.

L'on constate une volonté assez exhaustive de passer en revue toute la vie en entreprise du salarié, puisque sont également examinés l'utilisation des vestiaires et même les moments de convivialité réunissant les salariés en présentiel dans le cadre professionnel qui sont ... suspendus : fini donc galette des rois, le pot de départ et autres moments de détente.

Le Ministère du Travail impose aux employeurs un rôle inhabituel

Bien sûr la vaccination est obligatoire et le passe vaccinal nécessaire pour les personnels des établissements de soins, médicaux et sociaux et les personnels intervenant dans les lieux, établissements, services ou événements listés dans la loi relative à la gestion de la crise sanitaire du 5 août 2021 modifiée le 22 janvier 2022 doivent présenter un passe vaccinal.

Tout est donc prévu pour les salariés : les conditions d'utilisation des masques, les visières qui ne sont pas une alternative au port du masque, les gants et autres dispositifs de protection des salariés, lunettes, sur-blouses, voire charlottes.

Mais je note que le Ministère du Travail impose aux employeurs un rôle inhabituel les concernant, puisque concernant les tests de dépistage, il est prévu que les entreprises ont un rôle à jouer dans la stratégie nationale en reliant les messages des autorités sanitaires, en incitant les personnes symptomatiques sur le lieu de travail à le quitter immédiatement ... en collaborant avec les autorités sanitaires, peut-être que l'emploi de ce dernier adjectif est bien mal choisi.

Que l'on se rassure cependant s'agissant des tests sérologiques, à ce stade, le gouvernement estime qu'il n'est pas possible de l'envisager dans les entreprises.

Enfin, et c'est bien heureux, même si sans doute cela ne peut que contrarier certains employeurs soucieux du temps de leurs salariés, il est prévu une autorisation d'absence pour se rendre aux rendez-vous liés aux vaccinations contre la COVID.

L'on voit parfois l'embarras du gouvernement qui s'interroge sur ce qui est ou non attentatoire à une liberté du salarié par exemple avec la question de la prise de température.

Un contrôle à l'entrée des établissements n'est pas recommandé par le gouvernement, mais le Ministre du Travail renvoie à celui de la santé pour conseiller à toute personne de mesurer elle-même sa température à son domicile.

Bien sûr sont exclus des relevés obligatoires de température de chaque salarié ou visiteur d'ailleurs qui seraient, qui plus est, enregistrés numériquement ou en version papier.

Enfin, et puisque, ainsi qu'indiqué en amont, le télétravail n'est plus obligatoire, mais seulement recommandé, notons la possibilité de placement de certains salariés vulnérables en activité partielle.

En synthèse, les salariés sont donc protégés de la crise sanitaire parfois « à l'insu de leur plein gré » et l'on note une vision quasi paternaliste monde du travail, tel est en tout cas mon opinion.





*Monsieur le Professeur
Christophe Radé,
Professeur de Droit Social
à l'Université de Bordeaux*

LA LIBERTÉ d'expression du salarié

Jusqu'à une époque relativement récente, l'entreprise était considérée comme un espace privé régi par la seule volonté de son propriétaire et entièrement vouée à la production de biens ou de services. Le travailleur, en concluant son contrat de travail, se soumettait volontairement à la loi de l'entreprise et laissait, en quelque sorte, sa personnalité au vestiaire.

Cette conception patrimoniale et patriarcale a commencé à évoluer après 1968 et l'entrée des syndicats dans les entreprises (création de la section syndicale et des délégués syndicaux). Les lois Auroux de 1982 ont consacré l'entreprise comme un espace d'exercice des libertés individuelles et collective des salariés, dont l'exercice doit toutefois être concilié avec les propres prérogatives de l'employeur. Parallèlement à la montée en puissance très nette de la protection de ces libertés qui a abouti à l'adoption de la loi du 31 décembre 1992 et l'emblématique article L. 122-1 du code du travail, la Cour de cassation a développé une jurisprudence protectrice des libertés des salariés, singulièrement de la liberté d'expression qui constitue certaine l'une des libertés phares découlant directement du principe général de liberté et consacrée par l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme de 1789 comme l'« un des droits les plus précieux de l'homme », chaque citoyen, à qui est reconnue

« La libre communication des pensées et des opinions » et « donc » celle de « parler, écrire, imprimer librement », devant toutefois « répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». Il appartenait donc à la jurisprudence à la fois de préserver l'exercice de cette liberté, et d'en tracer les bornes, singulièrement en droit du travail. C'est ce qu'a fait la Cour de cassation à partir de l'emblématique arrêt Clavaud rendu en 1988 en développant une jurisprudence de plus en plus protectrice de la liberté d'expression, singulièrement lorsque cette liberté s'exerce dans le cadre d'une activité elle-même protégée (liberté syndicale, droit à la non-discrimination, etc.). Les contours de la liberté d'expression (I) ont été par la suite précisés par la Cour européenne des droits de l'Homme et l'effectivité de cette protection renforcée grâce au recours plus systématique à la technique de la nullité qui vient renforcer la protection de cette liberté fondamentale (II).



A) La liberté bornée par l'abus.

La liberté d'expression, dans et hors l'entreprise, est aujourd'hui très largement admise, et les limites posées bien identifiées, dans le prolongement d'ailleurs de l'article 11 de la déclaration de 1789 ; selon une formule de style, « sauf abus résultant de propos injurieux, diffamatoires ou excessifs, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées ». Les exemples récents sont nombreux et témoignent de la volonté de la Cour de cassation d'exercer sur ces qualifications un contrôle approfondi. Ce cadre méthodologique s'impose à l'employeur qui licencie sur ce fondement, mais aussi aux juges qui devront trancher le différend en se situant dans l'un des trois cas, les deux premiers (injure et diffamation) relevant de la loi de 1901 sur la presse, le troisième (l'abus) faisant référence à l'excès étant plus souple à caractériser et imposant de tenir des nombreuses circonstances qui entourent l'expression du salarié, qu'elle soit orale ou écrite. Si les juges ne sanctionnent ni l'ironie ni l'usage de critiques, même nombreuses et répétées, sévères ou outrancières, ou de sous-entendus désagréables, ils sanctionneront l'agressivité répétée, surtout lorsqu'elle se manifeste devant des clients ou qu'elle est destinée à des tiers, l'absence de pondération surtout de la part d'un cadre de l'entreprise, des familiarités répétées à l'égard des dirigeants de l'entreprise, des propos insultants et dégradants, ou encore le dénigrement de la direction devant des collègues. L'employeur aura à cet égard tout intérêt à mentionner ces propos dans la lettre de licenciement, même si cette mention ne participe pas à proprement parler à l'obligation légale de motivation. Les juges tiendront compte du contexte pour déterminer la gravité de la faute, lorsque l'abus sera établi, et notamment de l'état psychique du salarié qui pourra excuser en partie son comportement.

I. L'étendue de la liberté d'expression

Le salarié a le droit se d'exprimer relativement à son travail, à condition de ne pas abuser de cette liberté (A). Cette première difficulté du tracé incertain d'une frontière se double de réelles difficultés probatoires (B).

On observera ici que le Conseil d'Etat est sur la même ligne s'agissant des salariés protégés dont le licenciement peut être autorisé s'ils se sont montrés irrespectueux et agressifs.

Rappelons enfin qu'existe une jurisprudence tant européenne que nationale, propre aux « entreprises de tendance » qui s'applique à des associations ou fondations culturelles, mais aussi à certains établissements d'enseignement ou de soins où l'adhésion du salarié aux valeurs (généralement) religieuses défendues est particulièrement importante à la fois dans le choix des collaborateurs et dans le comportement attendu ; dans ces entreprises, la liberté d'expression se trouve logiquement restreinte par rapport à une entreprise traditionnelle.

B) Les difficultés de prouver l'abus dans l'exercice de la liberté d'expression

Le contrat de travail ne crée pas, entre le salarié et son employeur, de lien permanent. Il oblige l'un et l'autre en un lieu précis et pendant un temps limité. En dehors de cet espace-temps professionnel, le salarié est en principe libre de s'exprimer comme bon lui semble. Cette distinction des phases (vie professionnelle d'un côté, vie personnelle de l'autre) n'est toutefois pas aussi nette et il peut arriver que le salarié s'exprime, parfois de manière excessive, sur sa vie professionnelle et sur son entreprise, en dehors du cadre d'exécution du contrat de travail, ce phénomène ayant été accentué par le développement des réseaux sociaux. Plusieurs difficultés vont ici se rencontrer.

La première tient à la différence de régime entre les propos tenus à l'occasion du travail et ceux qui le sont à l'extérieur de l'entreprise. Lorsque le salarié s'est exprimé à l'occasion de son travail la preuve sera admise plus facilement dans la mesure où tout ce que le salarié écrit grâce à l'outil professionnel est censé présenter un caractère professionnel et peut donc être produit par l'employeur. Pour qu'il en soit différemment, le salarié doit identifier clairement les éléments litigieux comme « personnels », ou « privés » ; dans cette hypothèse il pourra valablement empêcher l'employeur d'y avoir accès, ce dernier ne pouvant que se faire autoriser par le juge à accéder à ces informations.

De nombreux employeurs souhaitent également produire des messages échangés par le salarié à partir de sa messagerie professionnelle, mais peuvent se retrouver en difficulté s'ils ne respectent pas correctement les dispositions applicables en matière de protection des données. Avant l'entrée en vigueur du RGDP, il avait été jugé que le non-respect par l'employeur de l'obligation de procéder à la déclaration simplifiée de la messagerie de l'entreprise ne le privait pas systématiquement du droit de produire les preuves récoltées dès lors que l'auteur des courriers litigieux ne pouvait ignorer qu'ils seraient enregistrés et conservés par le système informatique. La CEDH pour sa part n'écarte pas systématiquement des débats les éléments récoltés illégalement, et met ces violations en balance avec les intérêts de l'entreprise.

Comme c'est le cas en matière de système de géolocalisation notamment, le juge devra vérifier que l'employeur ne disposait pas d'autre moyen pour parvenir à l'objectif légitime qu'il s'est fixé. C'est également ce qui a conduit la Cour de cassation à considérer comme disproportionnée l'atteinte réalisée au droit au respect de la vie personnelle du salarié la mise en place d'un système de vidéosurveillance dans une cuisine où un seul salarié travaillait, et le filmant de manière permanente.

Lorsque le salarié s'est exprimé dans le cadre de sa vie personnelle, les difficultés seront plus grandes. Sur ce point, la jurisprudence française a récemment évolué sous l'influence notable de la Cour européenne des droits de l'homme, et



l'employeur peut produire en justice des éléments qu'il n'a pas acquis de manière déloyale (par exemple qui lui ont été communiqués par un « ami » du salarié en cause) et ce dès lors qu'il n'est pas en mesure de rapporter la preuve des débordements du salarié par d'autres moyens .

L'employeur peut aussi invoquer la déloyauté lorsque les propos litigieux sont tenus en dehors du contexte professionnel et qu'il entrait dans les obligations professionnelles du salarié de ne pas exprimer d'opinion contraire aux intérêts de l'entreprise, notamment lorsqu'il la dirige ou en est le porte-parole. Les manquements caractérisés à l'obligation de loyauté, soit ainsi qualifiés dans la lettre de licenciement, soit caractérisant de tels manquements, sont de nature disciplinaire .

L'employeur qui ne pourra pas, ou ne voudra pas prendre le risque, d'un licenciement disciplinaire pourra enfin fonder la rupture du contrat de travail sur le trouble objectif occasionné au bon fonctionnement de l'entreprise, à condition toutefois de caractériser un abus du salarié dans la liberté d'expression et de démontrer en quoi cet abus perturbe fortement l'entreprise dans son ensemble, par exemple en jetant le discrédit sur le nom de l'entreprise. Les juges tiendront compte des fonctions exercées par le salarié dans l'entreprise, de la nature des propos et de son activité.

II. La protection de la liberté d'expression

Les sanctions frappant de manière non justifiée la liberté d'expression du salariés sont en principe nulles (A) et ouvriront droit à la réparation intégrale des préjudices causés (B).

A. La nullité des mesures contraaires à la liberté d'expression

Dans un certain nombre de cas, la nullité résulte directement de la loi dès lors que l'atteinte à la liberté d'expression porte également atteinte à l'exercice d'un autre droit ou d'une autre liberté dont la protection est assurée par la nullité. Ce sera le cas dans tous les cas de discriminations où la personne visée par une mesure discriminatoire, au travers de ce qu'elle aura exprimée, le sera en raison de son appartenance à une catégorie protégée par la loi ; la liberté d'expression religieuse, politique ou syndicale sera ainsi garantie. La même protection est d'ailleurs accordée à toute personne qui s'exprimera pour dénoncer des

faits, ou en témoignera en justice, même si elle se trompe et pour autant qu'elle soit de bonne foi ; seule la preuve d'une dénonciation de mauvaise foi est en effet de nature à lui faire perdre le bénéfice de la protection légale, ce qui suppose la preuve du caractère fallacieux de la dénonciation, mais de surcroît la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce ; le fait que les faits dénoncés n'aient pas donné lieu à des poursuites pénales ne sera pas suffisant . Les hypothèses de mauvaise foi admises sont rares . Le même raisonnement assurera la protection des mandats des élus au CSE, ou des représentants syndicaux, via le délit d'entrave qui peut s'appliquer ici.

Dans d'autres cas, la liberté d'expression sera protégée en tant que telle, sans le secours d'une autre protection. Ce sera le cas des lanceurs d'alerte en matière de santé ou de lutte contre la fraude fiscale ou la corruption . Le salarié doit impérativement se trouver dans l'un des cas visés par la loi, et singulièrement, lorsqu'on se situe dans le cadre de l'article L. 1132-3-3 du code du travail, avoir « relaté ou témoigné de faits susceptibles d'être constitutifs d'un délit ou d'un crime », ce qui doit être caractérisé par les juges du fond, à défaut de quoi leur décision sera censurée .

La Cour de cassation n'a pas été en reste dans ce mouvement de protection de la liberté d'expression et n'a pas hésité à consacrer des cas de nullité sans texte, en fondant cette sanction radicale sur la nécessité d'en garantir l'effectivité . C'est la liberté d'expression dans son volet judiciaire qui a ainsi été protégée à partir de 2006 au titre de la « liberté fondamentale de la défense. »⁽³²⁾

Dans tous ces cas, le législateur a facilité le travail probatoire du salarié en lui permettant de rapporter la preuve d'éléments de fait laissant penser qu'il a bien été victime d'une mesure visant à porter atteinte à sa liberté d'expression. Et ce régime, consacré par le législateur, a été étendu à tous les cas de nullités supplémentaires reconnus par la Cour de cassation, notamment à tous les lanceurs d'alerte même en dehors des cadres définis par le législateur, en 2021, sur le fondement de l'article 10-1 de la CEDH .

Par ailleurs, et dès lors que la lettre de licenciement vise l'expression du salarié, l'atteinte à la liberté est présumée par application de la théorie dite du motif contaminant . En l'absence de mention en ce sens, la seule coïncidence des événements ne fait pas présumer que celle-ci procède d'une atteinte à la liberté fondamentale .

Au final, en en additionnant l'ensemble des cas de nullité mobilisables dans le contexte de l'exercice par le salarié de sa liberté d'expression, on s'aperçoit que les principales hypothèses sont couvertes.



B. Les suites de l'annulation

Le principal intérêt de l'annulation résulte dans la possibilité offerte au salarié de demander, lorsqu'il a été à tort licencié, à être réintégré dans son emploi avec rappels de salaires, l'employeur n'étant par ailleurs pas autorisé à déduire d'éventuels revenus de remplacement s'il a par ailleurs porté atteinte à un droit ou une liberté garantis par la Constitution, ce qui sera le cas lorsque la sanction a frappé à qualité un syndicaliste, ou une femme s'exprimant en tant que telle.

Depuis la mise en place du barème d'indemnisation des salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse, le prononcé de l'annulation présente également un double intérêt indemnitaire : le plancher d'indemnisation passe automatiquement à 6 mois pour tous, sans considération d'ancienneté ou d'effectif de l'entreprise, et le plafonnement de l'indemnisation disparaît, ce qui permet au juge d'accorder la réparation réelle et intégrale du préjudice subi. Dans cette hypothèse, la nullité permet de rétablir le principe de réparation et présente un caractère radicalement dissuasif de nature à assurer l'effectivité de la liberté bafouée.

NOTES DE COMPREHENSIONS :

(1) Actuel L. 1121-1 : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

(2) Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41.804.

(3) Soc., 14 déc. 1999, n° 97-41.995, publié.

(4) Soc., 17 mars 2021, n° 19-22.039, publié.

(5) Soc., 15 janv. 2020, n° 18-14.177 ; Soc., 17 mars 2021, n° 19-22.039, publié ; Soc., 22 sept. 2021, n° 19-24.705 : « attitude négative de la salariée à l'égard de ses subordonnés et le dénigrement de son employeur en s'adressant à un nouveau salarié sous la forme d'une mise en garde critique et déstabilisante à son encontre » ; Soc., 24 nov. 2021, n° 20-18.143 ; Soc., 24 nov. 2021, n° 19-20.400 : « les correspondances de la salariée, qui se bornaient à critiquer les modalités de rémunération de ses heures de travail, ses conditions de travail et à dénoncer un harcèlement à son égard sans contenir de propos excessifs, injurieux et diffamatoires, ne caractérisaient pas un abus par la salariée de sa liberté d'expression ».

(6) Soc., 8 juill. 2020, n° 18-13.593, publié.

(7) Soc., 16 déc. 2020, n° 19-20.394, publié : « lettre litigieuse (où) la salariée y accuse son employeur, explicitement et sans précautions, de "favoritisme", de procéder à des "appels à candidature mensongers", à des "passe droits", invoquant une "injustice" et "une forme d'incivisme" ».

(8) Soc., 30 sept. 2020, n° 19-10.930, publié.

(9) Soc., 12 juin 2019, n° 17-24.589.

(10) Soc., 27 nov. 2019, n° 18-16.671.

(11) Soc., 12 juin 2019, n° 17-19.299

(12) Soc., 25 sept. 2019, n° 17-28.118.

(13) Soc., 9 sept. 2020, n° 18-20.489.

(14) Soc., 22 sept. 2021, n° 19-24.706 ; Soc., 22 sept. 2021, n° 18-22.204, publié.

(15) Soc., 16 déc. 2020, n° 19-10.231.

(16) Soc., 19 mai 2021, n° 19-20.566 (dépression sévère).

(17) CE, 7/2 CR, 27 janv. 2020, mentionné.

(18) Soc., 9 sept. 2020, n° 18-20.489.

(19) Cass. soc., 1er juin 2017, n° 15-23.522, publié.

(20) CEDH, 17 octobre 2019, Req. n° 1874/13 et 8567/13

(21) CE, 9^e et 10^e ch. r., 15 déc. 2017, n° 403776, publié aux tables du recueil Lebon.

(22) Soc., 23 juin 2021, n° 19-13.856, publié.

(23) Soc., 30 sept. 2020, n° 19-12.058, publié (salarié de Petit Bateau postant sur son mur Facebook).

(24) Soc., 1er juillet 2020, n° 18-25.307.

(25) Ces deux conditions sont cumulatives : Soc., 30 sept. 2020, n° 19-14.738.

(26) Soc., 10 février 2021, n° 19-19.287.

(27) Soc., 8 juillet 2020, n° 18-13.593, publié

(28) Soc., 16 septembre 2020, n° 18-26.696, publié ; Soc., 13 janvier 2021, n° 19-21.138, publié

(29) C. trav., art. L. 1132-3 (discrimination), L. (harcèlement), L. 1132-3-3 (crimes et délits, corruption), L. 4131-1 (droit d'alerte), L. 4133-1 à 4 (santé publique et environnement).

(30) Soc., 4 nov. 2020, n° 18-15.669, publié.

(31) Soc., 13 mars 2001, n° 99-45.735.

(32) Soc., 28 mars 2006, n° 04-41.695, publié

(33) Soc., 7 juill. 2021, n° 19-25.754, publié.

(34) Par exemple, à propos de la liberté d'agir en justice : Soc., 30 sept. 2020, n° 19-13.593 ; Soc. 16 déc. 2020, n° 19-15.644.

(35) A propos de la liberté d'agir en justice : Soc., 4 nov. 2020, n° 19-12.367, publié.

(36) Soc., 2 juin 2010, n° 08-43.277 ; Soc., 9 juillet 2014, n° 13-16.434, publié (liberté syndicale).

(37) C. trav., art. L. 1235-3-1.



PROPOS

sur la lutte contre les discriminations dans l'emploi

La publication, le 7 décembre 2021, du 14ème baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi – consacré, cette année, à la jeunesse – a remis d'actualité la problématique des discriminations dans l'accès à l'emploi.



*Maître Jérôme Delas,
Avocat au Barreau de
Bordeaux et Associé de la
Selarl Guerin & Delas.*

La Défenseur des Droits, Madame Claire HEDON, à l'initiative de cette publication, alertait sur la surexposition de la jeunesse aux discriminations dans l'emploi.

Plus d'un jeune sur trois (précisément 37%) rapportait avoir déjà vécu une situation de discrimination ou de harcèlement discriminatoire dans le cadre de sa recherche d'emploi ou de sa carrière. (1)

Pourtant, la prohibition de tout traitement discriminatoire est clairement posé et sanctionné en droit français.

En droit privé, l'article L. 1132-1 du code du travail dispose :

« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte (...) notamment en matière de rémunération au sens de l'article L.3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge,

de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, à une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le Français ».

Ce texte a été retouché jusqu'à la loi n°2020-760 du 22 Juin 2020 pour définir encore plus largement le domaine du principe de non-discrimination.

En droit public, l'article 6 de la loi n°634 du 13 Juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose qu' « aucune distinction, directe ou indirecte ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques, religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur âge, de leur patronyme, de leur situation de famille ou de grossesse, de leur état de santé, de leur appartenance physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée à une ethnie ou une race ».

Partant, aucune entreprise, aucune administration ne peut fonder une différence de traitement sur l'un des motifs susmentionnés étant rappelé que la discrimination peut être directe ou indirecte, intentionnelle ou non intentionnelle.

La mise en œuvre de la lutte contre les discriminations dans l'emploi soulève bien des interrogations.

Ce principe de non-discrimination induit-il que l'entreprise ou l'administration, pour en respecter les termes, doit seulement s'abstenir d'avoir des agissements blâmables ou doit-on considérer qu'il est attendu de l'entreprise ou de l'administration un rôle proactif dans la prévention de la prohibition des traitements discriminatoires ?

Pour s'empêcher de tout traitement discriminatoire, une entreprise ou administration doit-elle nécessairement avoir connaissance d'éléments personnels, intimes ou relevant de la vie privée de son salarié ou agent ?

Inversement, pour se préserver de tout traitement discriminatoire, un salarié, agent ou candidat à l'emploi doit-il dévoiler des informations personnelles, intimes, relevant de sa vie privée ?

La préservation des libertés individuelles est ici au cœur de la problématique. Elle nous renvoie au caractère étendu et insidieux des discriminations.

Quelle assurance peut avoir un candidat à l'emploi que le fait – par exemple - d'être atteint d'une maladie chronique ou durable ne sera pas un obstacle à son recrutement ? Quelle garantie peut avoir un candidat à un stage que sa croyance en une religion ne sera pas un frein à son obtention ? Comment assurer un salarié ou un agent que l'affichage de son orientation sexuelle en entreprise ou dans son administration ne sera pas un obstacle à sa promotion professionnelle ?

L'ampleur des discriminations renvoie à une forme d'insécurité ordinaire que mettent régulièrement en évidence les baromètres de perception des discriminations publiés par la Défenseur des Droits.

Certes, le monde de l'entreprise et de l'administration change mais dire son état de santé, son orientation sexuelle ou sa croyance religieuse reste vécu comme un risque. (2)

Deux jurisprudences récentes

*Notamment quand à l'implication du
Défenseur des Droits en cette matière.*

Deux illustrations nous interpellent encore quant à la persistance d'un climat de travail attentatoire au principe de non-discrimination.

En 2016, la Cour d'appel de PARIS condamnait lourdement la société BNP PARIBAS pour discrimination envers un salarié homosexuel en raison du « comportement machiste et sexiste » de ses collègues de travail et de la création, en son sein, d'un « environnement de travail particulièrement oppressant » (en l'espèce, la société offrait des soirées striptease - Cour d'appel de PARIS, 22 septembre 2016 n° 14/07337).

En une telle ambiance de travail, en un tel contexte, est-il possible pour un salarié LGBTQIA+ de se présenter tel qu'il est ? A l'évidence non. On imagine fort bien la détresse psychologique, les mécanismes d'évitement, d'intériorisation des discriminations auxquels ce collaborateur a pu être confronté.

Dans un autre cas d'espèce, et plus récemment, la Défenseure des droits, par une décision n° 21-266 du 22 Octobre 2021, est venue recommander à un département d'indemniser le préjudice subi par l'un de ses agents dont la candidature à un poste a été écarté au motif qu'elle aurait dissimulé des informations utiles à son recrutement (en l'espèce son état de santé).

Précisément, l'agent se refusait à transmettre des bulletins de salaire qui auraient mis en évidence ses absences pour maladie qui y figuraient. Le département avait estimé qu'en agissant de la sorte, son agent avait manqué à son obligation de loyauté et la collectivité rappelait être tenue de vérifier l'aptitude physique d'un candidat à un emploi public.

Ces exemples de traitements discriminatoires, directs ou indirects, nous conduisent à relever que l'entreprise ou l'administration ne doivent pas se contenter d'être un gendarme de la non-discrimination. Elles doivent en être les promoteurs, les VRP.

Tel est le sens d'ailleurs des préconisations régulièrement émises par le Défenseur des droits depuis 2016.

L'affichage d'une opposition franche en entreprise ou dans l'administration à toute discrimination réduirait le sentiment d'insécurité ordinaire auquel les collaborateurs sont confrontés et permettrait de veiller au respect des libertés individuelles en ce qu'ils demeureraient libres d'évoquer ou non une situation intime ou personnelle.

BNP PARIBAS l'a manifestement compris en s'associant à une campagne de sensibilisation, en cours d'année 2021, en faveur des personnes LGBTQIA+.

(1) 14e baromètre sur la perception des discriminations dans l'emploi | Défenseur des Droits (defenseurdesdroits.fr)

(2) Pour des études internationales cf. les publications régulières du Boston Consulting Group



LA PRESERVATION DES LIBERTÉS FONDAMENTALES

au regard du déploiement du télétravail

Le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication (1). Sauf restrictions prévues par l'entreprise, le télétravail peut donc en principe être réalisé en tout lieu, et pas nécessairement au domicile habituel du salarié (2).

Le télétravail constitue une intrusion inévitable de l'employeur dans la vie personnelle du salarié avec les écueils suivants :

(i) Sur la protection du domicile. (5)

Le travail à domicile ne retire pas au domicile du salarié son caractère privé. L'employeur ne peut donc en aucun cas pénétrer au domicile du télétravailleur sans l'accord de celui-ci, sous peine de sanctions civiles (6) ou pénales. (7)

Néanmoins, l'employeur n'est pas exonéré de ses obligations relatives à la protection de la santé et de la sécurité du télétravailleur au seul motif que le salarié exerce son activité en dehors des locaux de l'entreprise. (8)

(ii) Sur le contrôle de l'exécution du travail.

La perméabilité des frontières entre vie personnelle et vie professionnelle (9) résultant du télétravail n'exonère pas l'employeur de respecter les règles qui protègent la vie privée des salariés. Si par son pouvoir de direction, l'employeur a en principe le droit de contrôler l'activité des salariés en télétravail, il ne peut le faire que lorsque cette atteinte est justifiée et proportionnée au respect de sa vie privée. (10)

De prime abord, le télétravail est généralement perçu par les salariés comme un moyen permettant de mieux concilier la vie personnelle et vie professionnelle.

A n'en pas douter, les expérimentations déployées en urgence et de manière dégradée pour faire face à l'épidémie de la COVID-19 ont engendré une formidable promotion pour le télétravail, et le travail hybride (présentiel et télétravail) est de plus en plus sollicité par les salariés.

L'enjeu sera désormais de passer de ce régime « d'exception » à un mode d'organisation plus pérenne qui concilie la protection des droits fondamentaux des télétravailleurs : (1) droit au respect de la vie privée, (2) droit à la santé / sécurité au travail et (3) droit à l'égalité de traitement.

*Maitre Arnaud Pilloix,
Avocat au Barreau de
Bordeaux
et Associé fondateur
du Cabinet Ellipse Avocats.*

1. Télétravail et droit au respect de la vie privée.

Historiquement, les sphères personnelles et professionnelles étaient bien cloisonnées, mais la porosité entre ces deux sphères n'a eu de cesse d'augmenter au gré des évolutions technologiques. (4)

Certaines pratiques sont prohibées selon les recommandations de la CNIL, comme une caméra activée en continue ou des appels répétés et permanents. (11)

Afin de garantir ces droits, le salarié peut se tourner vers différents acteurs lorsqu'ils estiment que cette surveillance est excessive et/ou disproportionnée : l'inspection du travail (12), la médecine du travail, la CNIL (13) pouvant réaliser des contrôles à distance, sur place, sur audition ou sur pièces en cas de plainte d'un salarié ou de sa propre initiative, mais également par le biais d'une action judiciaire devant le Conseil de Prudhommes (14) fondée sur l'exécution déloyale du contrat de travail ou une situation de harcèlement.

Ces garde-fous dans le contexte particulier du télétravail pour l'exercice du pouvoir de direction et de contrôle inhérent au lien de subordination, sont une invitation à l'élaboration de normes internes adaptées aux spécificités de chaque entreprise.

2. Télétravail et droit à la santé / sécurité

L'employeur a l'obligation de prévenir les risques professionnels à l'égard de tous les salariés : il est tenu de prendre les mesures nécessaires pour assurer leur sécurité et protéger la santé physique et mentale. (15)

Or le télétravail peut être vecteur de surcharge de travail, d'isolement et de perte du lien social. (16)

Cela se traduit par l'indispensable mise à jour du DUER (17), mais également par la mise en place d'outils de prévention primaire et secondaire en lien avec les représentants du personnel.

A ce titre, le droit à la déconnexion évolue peu à peu en un droit fondamental : autoriser le salarié à ne plus être disponible pour son employeur en dehors de ses horaires de travail. (18)

Concrètement, pour le télétravailleur, ce droit à la déconnexion se traduit notamment par le strict respect de ses jours, de ses horaires de travail et de ses pauses. (19)

Il faut donc que l'employeur mette en place les outils appropriés pour contrôler le respect des durées maximales de travail et des temps de repos afin (i) de préserver la santé mentale et physique du salarié, et (i) de suivre le temps de travail effectif. (20)

3. Télétravail et égalité de traitement.

Le télétravail ne doit pas entacher le principe d'égalité entre les salariés en télétravail et les salariés présents dans les locaux. (21)

Ce principe n'écarte pas pour autant toute différence de traitement lorsque les salariés sont objectivement placés dans des situations différentes. Les conditions d'attribution de l'avantage collectif peuvent également exclure certains travailleurs selon des critères objectifs (par exemple, la distance domicile-travail).

Cela se traduit par des textes et des jurisprudences s'adaptant aux spécificités du télétravail (22) :

- Télétravail et accident du travail : lorsque le télétravailleur subit un accident pendant la durée effective de travail, il existe une présomption d'accident du travail (23) ;
- Télétravail et tickets restaurants : l'octroi de titres-restaurants bénéficie également aux télétravailleurs selon le Gouvernement (24).

A noter que les tribunaux judiciaires de Paris (25) et Nanterre (26) ont rendu des décisions contradictoires sur cette question ;

- Télétravail et prise en charge de l'abonnement de transport : cette obligation s'applique lorsque le télétravail s'effectue par alternance, par exemple 1 ou 2 jours par semaine ou une semaine sur deux (27) ;
- Télétravail et le droit à la formation : l'employeur qui doit assurer le maintien de l'employabilité, doit s'assurer que les formations demeurent accessibles lorsque le salarié n'est pas en présentiel, celles-ci pouvant être dispensées en ligne. (28)

En synthèse, cette organisation du travail qui a vocation à se pérenniser (notamment en hybride présentiel/télétravail) doit trouver dans le dialogue social le cadre juridique qui permettra de préserver les droits fondamentaux des salariés, au regard des intérêts économiques et des spécificités de chaque entreprise. Il faut ainsi organiser le télétravail dans l'entreprise par le biais d'un accord négocié avec les partenaires sociaux ou de manière unilatérale par une charte après consultation du CSE (29). Cela permettra d'encadrer les droits et devoirs des télétravailleurs et de formaliser les règles applicables au télétravail.



NOTES DE COMPREHENSIONS

- (1) Article L1222-9 du code du travail
- (2) Le télétravail se distingue du travail à domicile (adapté à la réalisation de tâches manuelles, sans utilisation des TIC), qui est régi par des règles spécifiques (articles L7411-1 à L7424-3 et R7413-1 à R7424-2 du code du travail)
- (3) « Conciliation vie personnelle-vie professionnelle : un nouveau paradigme », Odile LEVANNIER-GOUËL et Mehdi de La ROCHEFOUCAULT, Les Cahiers du DRH, N° 283-284, 1er février 2021
- (4) Il ne faut pas oublier que c'est la vie personnelle du salarié qui est entrée dans l'entreprise avec les téléphones mobiles personnels et l'accès à sa messagerie personnelle.
- (5) Article 9 du code civil et article 8 de la convention européenne des droits de l'homme
- (6) Article 9 du code civil
- (7) Article 226-4 du code pénal
- (8) Article L4121-1 du code du travail
- (9) « Le télétravail : les risques d'un outil de gestion des frontières entre vie personnelle et vie professionnelle », Marc Dumas, Caroline Ruiller, Management & Avenir 2014/8 (N° 74)
- (10) Article L. 1121-1 du Code du travail et article 9 du Code civil
- (11) CNIL 5 nov. 2019, n° MED 2019-025 ; Les questions-réponses de la CNIL sur le télétravail, 12 novembre 2020 ; Cass. soc., 23 juin 2021, n° 19-13.856
- (12) Article L8112-1 du code du travail
- (13) Questions-réponses de la CNIL sur le télétravail, 8 septembre 2021
- (14) Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 3 mars 2021, 19-24.232
- (15) Article L4121-1 du code du travail
- (16) Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020
- (17) Document unique d'évaluation des risques (Article R4121-1 et suivants du Code du travail)
- (18) Rapport d'initiative parlementaire du 21 janvier 2021 demandant à la Commission européenne de légiférer sur le droit à la déconnexion en un droit fondamental.
- (19) « Garantir l'efficacité du droit à la déconnexion, entre obligation et utopie », Isabelle AYACHE-REVAH et Amanda GALVAN, Les Cahiers du DRH, N° 245, 1er septembre 2017
- (20) « Respect de la vie privée du télétravailleur », Liaisons sociales - Les Thématiques, N° 68, Section Le point spécial, 1er avril 2019
- (21) Article L1222-9 du code du travail
- (22) Accords nationaux interprofessionnels des 19 juillet 2005 et 26 novembre 2020
- (23) Article L1222-9 III du code du travail
- (24) Questions Réponses du Ministère du Travail actualisés sur le télétravail
- (25) TJ Paris 30-3-2021 n° 20/09805
- (26) TJ Nanterre 10-3-2021 n° 20/09616
- (27) Ministère du travail, questions-réponses Télétravail en période de Covid-19
- (28) ANI, 26 nov. 2020 ; article L1222-9 du code du travail
- (29) « Construction du projet, question du passage ou non par la négociation collective et cadre juridique du télétravail », Le Lamy santé sécurité au travail, Mars 2021



Certaines courses se gagnent à deux.

Les avocats représentent et protègent tous les sportifs pour faire valoir leurs droits.

Ils accompagnent les personnes en situation de handicap pour l'égalité des droits au quotidien. Ils luttent à leurs côtés contre les discriminations, pour l'inclusion et la citoyenneté.

Trouvez et consultez votre avocat sur avocat.fr

 CONSEIL NATIONAL
DES BARREAUX
LES AVOCATS



ORDRE DES AVOCATS
BARREAU DE BORDEAUX

LA QUESTION du Bien-être et du management

Selon l'organisation mondiale de la santé, le bien-être est « un état d'esprit dynamique, caractérisé par une harmonie satisfaisante entre les aptitudes, les besoins et les aspirations du travailleur, d'une part, et les contraintes et les possibilités du milieu de travail, d'autre part ».

sa vraie nature en le condamnant à des tâches répétitives et partielles afin de dégager des plus-values pour les propriétaires du capital.

Au vu de la conception primaire du travail, le management a donc eu pour objectif premier d'encadrer une main d'œuvre rechargée au travail.

Le management se concevait de manière verticale ; encadrant et contraignant les salariés en laissant pas ou peu de place à la question du bien-être.

La première préoccupation apparue a été la sécurité au travail liée à l'utilisation des machines au moment du développement de l'industrialisation.

Les risques en entreprise se sont par la suite déplacés des risques industriels aux risques psychosociaux.

Le stress a été pointé comme agent nocif pour la santé et le management comme source de stress et donc un facteur important des risques psychosociaux.

Le développement de l'obligation de sécurité de l'employeur dans les années 2000 est venu limiter son pouvoir managérial ; le juge pouvant ordonner la suspension voire l'annulation d'une mesure organisationnelle dangereuse pour la santé et la sécurité des salariés (TGI Paris 5 juillet 2011, affaire AREVA).

Le management s'est retrouvé de plus en plus surveillé.

L'affaire de France Télécom rendue publique par les syndicats en 2009 a mis en exergue les effets néfastes du management sur la santé psychologique des salariés (le tribunal correctionnel de Paris, dans son jugement du 20 décembre 2019, a fait entrer dans la jurisprudence la notion de harcèlement moral « institutionnel » découlant de l'organisation du travail et des formes de management toxiques).

Cette définition met en exergue l'interaction entre l'individu et le milieu dans lequel il évolue.

Selon le Larousse, le management est l'Ensemble des techniques de direction, d'organisation et de gestion de l'entreprise. » c'est-à-dire la mise en œuvre des moyens humains et matériels d'une entreprise pour atteindre les objectifs fixés.

Le management a pour objet de développer la rentabilité d'une entreprise quelle que soit son activité.

Le bien être des salariés semble étranger au management dont la vocation première n'est pas l'obtention du bien être des travailleurs mais la réussite économique.

Bien-être au travail et management deux notions donc contradictoires ?

De prime abord, on pourrait répondre par l'affirmative mais il est indéniable que la question du bien-être au travail a pénétré la sphère du management et sont aujourd'hui étroitement liés.



**Maître Sylvie Bourdens,
Avocate Spécialisée
en Droit de la sécurité sociale
et protection sociale
au Barreau de Bordeaux**

Le travail au coeur du management

Dans le monde occidental, les représentations religieuses, philosophiques et littéraires du travail sont le plus souvent porteuses de valeurs négatives ; à titre d'exemples :

- Selon la tradition chrétienne « le travail est une malédiction qui relève du péché originel » : « tu gagneras ton pain à la sueur du front »

- Selon la vision marxiste, le travail est une aliénation sociale fondamentale qui éloigne l'homme de

Les cas de Burn out/bore out se multiplient et posent la question de la reconnaissance d'une nouvelle maladie professionnelle et la nécessité d'agir pour enrayer ce nouveau fléau.

La notion de qualité de vie au travail va faire son apparition et, apporter une nouvelle strate dans la réflexion.

En effet, avec les risques psychosociaux on plaçait le salarié dans une situation de victime passive du travail alors qu'avec la notion de qualité de vie au travail, on s'inscrit dans une approche positive et dans une démarche de co-construction, dans laquelle toutes les personnes vont avoir un rôle à jouer que cela soit les dirigeants, les managers, les représentants du personnel ou les salariés.

La notion de qualité de vie au travail apparaissant comme un point de convergence entre l'intérêt de l'individu et l'intérêt de l'entreprise.

Les réflexions menées vont conduire en 2010, à la remise au Premier Ministre, du rapport établi par LACHMAN, LAROSE et PENICAUD sur le bien-être et l'efficacité au travail, avec 10 propositions pour améliorer la santé psychologique au travail.

Par la suite, L'ANI du 19 juin 2013 va proposer un cadre aux entreprises en leur laissant toute liberté pour innover et revenir aux fondamentaux du management.

L'article 1 de l'ANI définit la qualité de vie au travail comme un sentiment de bien-être au travail, perçu collectivement et individuellement qui englobe l'ambiance, la culture de l'entreprise, l'intérêt du travail, les conditions de travail, le sentiment d'implication, le degré d'autonomie et de responsabilisation, l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, un droit à l'erreur accordé à chacun et une reconnaissance et une valorisation du travail effectué.

Il ne comporte pas de norme obligatoire à mettre en œuvre ; il vise à faire prendre conscience des enjeux de la qualité de vie au travail pour que chaque entreprise saisisse l'opportunité de s'en emparer.

L'humain au cœur du management

*Les techniques managériales fondées sur
l'obéissance ont donc laissé place petit à
petit à la douceur et à la prévenance.*

Le manager ne peut plus être le gestionnaire opérationnel d'antan ; il a une responsabilité de coordinateur des énergies positives et d'identificateur de situations déviantes.

L'objectif vise à développer une conception de l'efficacité et de la performance qui soit soucieuse de la santé du personnel, favorise leur motivation, leur implication dans le travail, leur épanouissement, et prenne aussi en compte l'amélioration de l'ambiance collective, et l'élaboration d'un climat de respect et d'écoute.

Une nouvelle mission va être donnée au responsable des ressources humaines pour permettre aux entreprises de diffuser une certaine bienveillance.

Au début de l'année 2016 est apparu en France un nouveau responsable au sein de l'entreprise : le Chief Happiness Officer.

Ces « responsables du bonheur » des salariés ont vu le jour dans des entreprises américaines, comme Google ou Mac Donalds ; en France, c'est l'entreprise Allo Resto qui va faire figure de pionnière dans le domaine des ressources humaines.

Le responsable du bonheur assure, par des mesures concrètes, le bien-être de ses collaborateurs.

Cette idée originale repose néanmoins sur le constat simple qu'un salarié heureux est un salarié performant ; la culture de la performance ne devant pas se faire au détriment du salarié.

A cet égard, le bien être est devenue une considération nouvelle qui s'inscrit dans la qualité de vie au travail (La QVT).

S'il s'agit d'un concept flou, éminemment subjectif puisque l'on va pouvoir parler de la perception du salarié, de son ressenti, il y a des éléments collectifs sur lesquels les entreprises vont avoir la main : donner de l'autonomie, de l'implication, de la reconnaissance, de la responsabilisation et, plus généralement des conditions de travail de nature à favoriser, la qualité de vie au travail.

Pour insuffler une ambiance conviviale, l'environnement de travail devient agréable.

C'est ainsi que l'on voit naître dans les entreprises l'organisation d'événements sportifs, culturels et parfois même des séminaires de fin de semaine ; toutefois, parce que la frontière avec la vie privée peut parfois être tenue, à la limite de l'intrusif, les événements organisés doivent demeurer facultatifs et d'une fréquence raisonnable.

Les règles du jeu changent : les salariés recherchent des entreprises humanistes ; ils n'acceptent plus un management arbitraire ou autoritaire mais veulent de l'autonomie, des responsabilités, du sens, de la transparence et de la confiance.

La reconnaissance devient le premier levier de qualité de vie au travail et du bien-être.



Le style de management « command & control » ne fonctionne (presque) plus ; les managers deviennent des « managers agiles », des « managers développeurs de talents » « des managers facilitateurs.

Le rôle du manager devient celui d'huiler les rouages, de fluidifier le travail, de faciliter les rapports en gérant les frustrations et les tensions, de favoriser les idées du collectif plutôt que ses idées personnelles, de faire progresser l'équipe, et de fixer un cap pour emmener les projets de l'entreprise.

On est passé d'un management vertical vers une organisation et une gestion plus horizontale.

Si le bien-être au travail n'est pas une obligation légale, contrairement à la santé, ni de négociation comme la qualité de vie au travail, il est le nouveau défi à relever eu égard aux changements des mentalités et des attentes des salariés.

Il n'y a pas un style universel du bon management à dupliquer dans toutes les entreprises pour parvenir au bien-être au travail.

Le management est intrinsèquement lié aux personnes : au manager mais également aux personnes à manager ; le management doit s'adapter aux modes d'organisation du travail et aux mentalités et doit impliquer tous les acteurs en leur donnant un rôle actif.

Le management de demain est le développement du management participatif et de l'intelligence émotionnelle (la compétence managériale du futur article de Medina Cayer, Julie Tardif et Elyse Marineau (ordrecrha.org 23 janvier 2020).

Toutefois, dans cette évolution, il est indéniable que la question du bien-être au travail et du management a été fortement impactée par la crise sanitaire liée à la Covid-19 et, par le recours massif au télétravail, facteur, on le sait, de risques psychosociaux.

Le télétravail oblige à s'interroger sur le management et à le réinventer : le management devient du Télé management nécessitant :

- De faire confiance aux salariés,
- Développer l'intelligence collective,
- Alléger le contrôle,
- Garder le contact, préserver la convivialité

Le management est devenu la clé de la réussite vers le bien-être au travail mais pour autant la question de la souffrance au travail reste bien présente ; pour parvenir à un bien-être au travail, il faut d'abord identifier ce qui empêche son émergence et traiter la question des risques psychosociaux intrinsèquement liés à la question du bien-être au travail et du management.

Le rôle du management dans la question du bien-être au travail est sûrement aussi de permettre une prise de conscience individuelle et collective de l'importance de chacun au sein du collectif et de l'importance du respect de chacun pour faire éclore un sentiment de bien-être pour tous.



J'AI UNE IDÉE... AVANT DE ME LANCER, JE DOIS LA PROTÉGER ?

Derrière des questions
simples, il y a souvent
des réalités complexes...

#SEMAINEDUDROIT



LES AVOCATS VOUS CONSEILLEN www.avocat.fr

CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX

 **CONSEIL NATIONAL
DES BARREAUX**
LES AVOCATS



*Maître Bénédicte Rousseau,
Avocat au Barreau de Paris*

LES SUSPENSIONS DE FONCTIONS

des salariés et des agents publics en congé maladie et congé maternité

La loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire a imposé une obligation vaccinale à la majorité des personnels de santé et du secteur médico-social depuis le 15 septembre 2021.

Il n'aura pas fallu attendre plus longtemps pour que les directions des établissements concernés privent l'ensemble des salariés et des agents publics n'ayant pas présenté de justificatif de leur statut vaccinal de leur emploi – et par conséquent de toute forme de rémunération.

Or, parmi ces personnels, nombreux étaient en congé maladie au jour où l'obligation vaccinale leur a été imposée, pour certains depuis longtemps, alors que d'autres étaient absents du service en raison de congés maternité, de sorte qu'ils ne risquaient en aucun cas de constituer un quelconque risque du point de vue de la propagation du virus Sars-Cov-2.

Il est donc permis de douter que le législateur, en vue d'assurer la protection des personnes vulnérables et d'éviter autant que possible leur contamination au COVID-19, ait entendu permettre d'écarter du service les personnels placés en arrêt de travail ou en congé maternité, les privant ainsi de revenus et de droit à l'avancement...

Il convient de distinguer entre la situation des salariés et des agents publics contractuels, d'une part, et celle des fonctionnaires, d'autre part.

En effet, alors que l'assurance maladie (CPAM) prend en charge la rémunération de ces personnels pendant les périodes de congés maladie et maternité, c'est l'administration – autrement dit l'autorité prononçant la suspension – qui rémunère les fonctionnaires qu'elle emploie pendant ces mêmes périodes.

I. La situation relativement préservée des salariés et des contractuels de droit public suspendus pour cause de non-présentation de leur statut vaccinal pendant un congé maladie ou maternité

Article rédigé avec l'aimable collaboration de plusieurs avocats engagés auprès des salariés et des agents publics suspendus :

Alma BASIC Barreau de Paris
Anne Valérie PINET, Barreau de Valence
Sylvie MAZARDO, Barreau d'Orléans
Aurore VIGREUX, Barreau de Bordeaux

Dans son Questions-réponses « Obligation de vaccination ou de détenir un pass sanitaire pour certaines professions », le ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion a précisé l'articulation entre la suspension du contrat de travail des salariés pour non-respect de l'obligation vaccinale et un arrêt maladie.

Dans la mesure où les contractuels de droit public sont également pris en charge par la CPAM dans ces hypothèses, le même raisonnement semble pouvoir leur être appliqué.

Hypothèse 1 :

Le salarié ou l'agent public non-titulaire était placé en arrêt maladie ou en congé maternité avant la suspension de son contrat pour cause de non-présentation du justificatif vaccinal

L'administration indique que :

« Le salarié qui, avant suspension pour non-respect de l'obligation vaccinale, est placé en arrêt maladie par un médecin voit son contrat de travail suspendu dans les conditions prévues par le droit commun : arrêt de travail à adresser à son employeur sous 48h, le versement des indemnités journalières de la sécurité sociale (IJSS) et - s'il en remplit les conditions - du complément employeur. L'obligation vaccinale applicable au salarié ne peut être exigée durant cet arrêt maladie, les obligations émanant du contrat de travail étant mises entre parenthèses durant cette période. Toutefois, à l'issue de son arrêt maladie, le salarié retrouve sa situation contractuelle et devra prouver à son employeur qu'il respecte l'obligation vaccinale prévue ».

Il s'en déduit logiquement que l'obligation vaccinale applicable aux salariés ne peut pas être exigée durant cet arrêt maladie, les obligations émanant du contrat de travail étant mises entre parenthèses durant cette période.

Bien sûr, à l'issue de son arrêt maladie, le salarié retrouve sa situation contractuelle et devra prouver à son employeur qu'il respecte l'obligation vaccinale prévue.

Hypothèse 2 :

Le salarié ou l'agent public non-titulaire tombe malade ou est placé en congé maternité alors que son contrat est déjà suspendu pour non-respect de l'obligation vaccinale

Dans le même Questions-réponses, le ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion a indiqué que :

« Dans le cas où le contrat de travail du salarié est suspendu pour défaut de respect de son obligation vaccinale, et que ce dernier est placé par la suite en arrêt maladie, il a droit à bénéficier de ses IJSS. Pour autant, son contrat de travail ayant été suspendu initialement pour défaut d'obligation vaccinale, l'employeur n'est pas tenu de verser le complément employeur pour la durée de l'arrêt de travail, sous réserve des stipulations prévues dans les conventions collectives ».

Dans ces deux hypothèses, le même raisonnement devrait pouvoir être suivi en ce qui concerne la situation des agents contractuels employés dans le secteur public, dès lors que c'est à la CPAM et non à l'administration qui les emploie qu'il revient de les rémunérer pendant les périodes de congés maladie et maternité.

Au contraire, une suspension de fonction devient rapidement dramatique pour les fonctionnaires puisqu'ils sont immédiatement privés de tout revenu, leur administration cessant de leur verser leur traitement...

II. La situation particulièrement critique des fonctionnaires suspendus pour non-présentation de leur statut vaccinal pendant un congé maladie ou maternité

De nombreux fonctionnaires ont été suspendus de leurs fonctions et privés de rémunération alors qu'ils se trouvaient en congés maladie.

Une première rupture d'égalité doit être dénoncée à ce stade : en l'absence de dispositions claires dans les textes, la situation des personnels concernés peut être différentes selon l'interprétation retenue par leur direction.

Il n'en demeure pas moins que de nombreux titulaires ont été suspendus malgré leur absence du service, leurs employeurs considérant que l'obligation vaccinale s'imposait pendant leurs arrêts de travail.

A) Des dispositions législatives et réglementaires détournées par les employeurs au détriment des personnels de santé

En droit, en effet, il semble bien que ce soit au prix d'une erreur de droit et d'une méconnaissance du champ d'application de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire que l'administration retienne une telle interprétation.



Plus précisément, l'article 12 de ladite loi dispose que l'obligation vaccinale s'impose (sauf contre-indication) aux « personnes exerçant leur activité dans » les établissements de santé – tels que les centres hospitaliers.

Sans doute le législateur a-t-il expressément prévu des dérogations à l'obligation vaccinale, telles que celle concernant les personnels titulaires d'un certificat médical de contre-indication à la vaccination (article 13, I, 2° de la loi du 5 août 2021) et celle concernant les personnes en charge de l'exécution de tâches ponctuelles (article 12, III de ladite loi).

De même, cet article prévoit la possibilité pour les agents soumis à l'obligation vaccinale de reporter la date à laquelle ils doivent l'appliquer en prenant leurs congés annuels.

On peut donc logiquement en déduire qu'un agent en congé maladie ou maternité, qui n'exerce pas effectivement son activité, n'a pas à se soumettre à l'obligation vaccinale.

En toute logique, l'obligation vaccinale étant motivée par la recherche de protection des personnes vulnérables et des personnels à leur service, ne devrait avoir vocation à s'imposer qu'aux seuls agents exerçant effectivement leurs fonctions au sein des établissements mentionnés à l'article 12 de la loi du 5 août 2021, indépendamment de la circonstance que les agents concernés soient statutairement en position d'activité.

On rappellera qu'un fonctionnaire peut être placé dans quatre positions administratives : activité, détachement, disponibilité et congé parental (v. les articles 40 à 64-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière).

Or, l'article 41 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière prévoit que :

« Le fonctionnaire en activité a droit :

[...] 2° À des congés de maladie dont la durée totale peut atteindre un an pendant une période de douze mois consécutifs en cas de maladie dûment constatée mettant l'intéressé dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions. Celui-ci conserve alors l'intégralité de son traitement pendant une durée de trois mois [...]. Le fonctionnaire conserve, en outre, ses droits à la totalité du supplément familial de traitement et de l'indemnité de résidence. Le bénéfice de ces dispositions est subordonné à la transmission par le fonctionnaire, à son administration, de l'avis d'arrêt de travail justifiant du bien-fondé du congé de maladie, dans un délai et selon les sanctions prévus en application de l'article 42. (...)

5° Aux congés de maternité et liés aux charges parentales prévus aux a, b, c, d et e ci-dessous. Durant ces congés, le fonctionnaire conserve l'intégralité de son traitement, du supplément familial de traitement et de l'indemnité de résidence. [...] ».

L'article 14 du Décret n°88-386 du 19 avril 1988 relatif aux conditions d'aptitude physique et aux congés de maladie des agents de la fonction publique hospitalière dispose, par ailleurs, que, sous réserve des mesures de contrôle prévues à l'article suivant :

« En cas de maladie dûment constatée le mettant dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions, le fonctionnaire hospitalier est de droit placé en congé maladie ».

L'objectif de la loi du 5 août 2021, complétant et modifiant celle du 31 mai 2021, imposant la vaccination obligatoire des personnels exerçant au sein des établissements de santé, était de protéger les patients avec lesquels ils sont en contact et qui peuvent présenter une vulnérabilité particulière au virus de la covid 19 et afin d'éviter la propagation du virus par les professionnels de la santé dans l'exercice de leur activité qui, par nature, peut les conduire à soigner des personnes vulnérables.

Dès lors, suspendre des agents en arrêt maladie, c'est-à-dire des personnels éloignés des patients, ne justifiait en aucune mesure de renoncer au droit des fonctionnaires à bénéficier de leurs congés maladie.

C'est, en effet, la seule présence effective dans le service qui paraissait, du moins à l'été 2021, pouvoir justifier la proportionnalité d'une telle contrainte par rapport à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé publique, et non la situation administrative des agents.

Sans même qu'il soit besoin apprécier le bien-fondé des mesures adoptées, l'objectif des lois des 31 mai et 5 août 2021 relatives à la crise sanitaire résidant dans la protection de la santé publique, les mesures exceptionnelles de suspension de fonctions étaient supposées éloigner les agents qui ne se soumettent pas à l'obligation vaccinale des établissements où ils travaillent afin d'éviter les risques de contaminations du virus Covid 19.

On en veut pour preuve, notamment, la possibilité laissée aux agents de solliciter un congé pour retarder une suspension pour défaut de présentation des justificatifs liés au parcours vaccinal : « Lorsque l'employeur constate qu'un agent public ne peut plus exercer son activité en application du I, il l'informe sans délai des conséquences qu'emporte cette interdiction d'exercer sur son emploi ainsi que des moyens de régulariser sa situation. L'agent public qui fait l'objet d'une interdiction d'exercer peut utiliser, avec l'accord de son employeur, des jours de congés payés. À défaut, il est suspendu de ses fonctions ou de son contrat de travail » (article 14.III).

L'agent en congé annuel est bien en position d'activité, et pourtant le législateur a prévu qu'il ne serait redevable de cette obligation qu'à son retour sur son poste.



Ainsi, les agents placés en congés maladie, détachés dans un autre établissement ou en disponibilité, notamment, ne devaient logiquement pas être soumis à l'obligation vaccinale.

Puisqu'il fallait confirmer une telle évidence, de nombreux établissements de santé ayant suspendus des agents placés en congés maladie de manière tout à fait illégale, le ministre des solidarités et de la santé a indiqué, dans son instruction N° DGOS/RH1/DGESIP/A1-4-DFS/2021/192 du 7 septembre 2021 relative à la mise en œuvre de l'obligation vaccinale que ce n'est que « s'ils ne remplissent pas les conditions fixées par l'article 13 de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire à la date de leur arrivée ou de leur retour dans l'établissement (ex : retour de disponibilité, de détachement, de congé pour raison de santé divers notamment congé maladie ordinaire, congé de longue durée, congé de longue maladie, congé parental, congé de solidarité familiale, congé de présence parentale...) », [que] les dispositions relatives à la suspension prévue au III de l'article 14 s'appliquent aux personnels médicaux et hospitaliers.

De même, dans le « questions / réponses » publié sur le site du ministère de la santé et des solidarités, à la question « les personnes en arrêt maladie sont-elles également concernées par l'obligation vaccinale, et le cas échéant peuvent-elles faire l'objet d'une suspension ? », le ministre répond que « Les personnes en arrêt maladie soumises selon la loi à l'obligation vaccinale, sont concernées par l'obligation vaccinale. S'il est possible pour un employeur de prononcer une suspension pendant un congé maladie, celle-ci ne prend toutefois effet qu'à l'issue de celui-ci. »

Le gouvernement fait donc bien la distinction entre :

- D'une part, les emplois de certains agents qui les soumettent à l'obligation vaccinale en application de l'article 12 de la loi du 5 août 2021,
- D'autre part, la circonstance que les agents placés en congé maladie sont physiquement absents du service et par conséquent éloignés des personnes vulnérables dont la protection est l'objectif poursuivi par la contrainte vaccinale.

Ainsi, les agents placés en congés maladie, détachés dans un autre établissement ou en disponibilité, notamment, ne devaient logiquement pas être soumis à l'obligation vaccinale.

Puisqu'il fallait confirmer une telle évidence, de nombreux établissements de santé ayant suspendus des agents placés en congés maladie de manière tout à fait illégale, le ministre des solidarités et de la santé a indiqué, dans son instruction N° DGOS/RH1/DGESIP/A1-4-DFS/2021/192 du 7 septembre 2021 relative à la mise en œuvre de l'obligation vaccinale que ce n'est que « s'ils ne remplissent pas les conditions fixées par l'article 13 de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire à la date de leur arrivée ou de leur retour dans l'établissement (ex : retour de disponibilité, de détachement, de congé pour raison de santé divers notamment congé maladie ordinaire, congé de longue durée, congé de longue maladie, congé parental, congé de solidarité familiale, congé de présence parentale...) », [que] les dispositions relatives à la suspension prévue au III de l'article 14 s'appliquent aux personnels médicaux et hospitaliers.

De même, dans le « questions / réponses » publié sur le site du ministère de la santé et des solidarités, à la question « les personnes en arrêt maladie sont-elles également concernées par l'obligation vaccinale, et le cas échéant peuvent-elles faire l'objet d'une suspension ? », le ministre répond que « Les personnes en arrêt maladie soumises selon la loi à l'obligation vaccinale, sont concernées par l'obligation vaccinale. S'il est possible pour un employeur de prononcer une suspension pendant un congé maladie, celle-ci ne prend toutefois effet qu'à l'issue de celui-ci. »

Le gouvernement fait donc bien la distinction entre :

- D'une part, les emplois de certains agents qui les soumettent à l'obligation vaccinale en application de l'article 12 de la loi du 5 août 2021,
- D'autre part, la circonstance que les agents placés en congé maladie sont physiquement absents du service et par conséquent éloignés des personnes vulnérables dont la protection est l'objectif poursuivi par la contrainte vaccinale.

Au surplus, s'il était encore besoin de convaincre, une analogie entre les régimes des suspensions sur le fondement de la loi du 5 août 2021 et les suspensions à titre conservatoire décidées sur le fondement de l'article 30 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, permet de confirmer qu'il est légalement impossible de priver un agent en congé maladie de sa rémunération et de son droit à l'avancement.

Si la suspension de fonctions au motif de l'absence de justification du parcours vaccinal est prononcée sur le fondement de la loi du 5 août 2021 et qu'elle est soumise à un régime distinct de la suspension prononcée sur le fondement de la loi Le Pors, il n'en demeure pas moins que ces deux mesures d'éloignement du service ont pour objet d'écarter un agent dont la présence pourrait nuire au bon fonctionnement du service et à la sécurité des agents et des usagers de l'administration concernée.

Sans même débattre, en ce qui concerne la mesure issue de la loi du 5 août 2021, de la disproportion manifeste de la suspension de fonctions sans rémunération et perte des droits à l'avancement par rapport à l'objectif de valeur constitutionnel de protection de la santé (alors même qu'une faute grave justifiant une procédure disciplinaire permet aux agents concernés de conserver plusieurs mois leur rémunération, même en cas de poursuites pénales...), il s'agit de rappeler que la suspension à titre conservatoire fondée sur l'article 30 de la loi du 13 juillet 1983 ne prend effet qu'à l'issue du congé maladie de l'agent qui en fait l'objet, l'agent demeurant en position d'activité (v. CE, 31 mars 2017, n°388109, mentionné aux Tables).

Il est constant que l'agent suspendu sur le fondement de la loi du 5 août 2021 demeure également en position d'activité, n'étant ni en détachement, ni en disponibilité, ni en congé parental, ni en activités de réserve.



Dès 2006, le Conseil d'État a retenu que :

« Le fonctionnaire qui fait l'objet d'une mesure de suspension est maintenu en position d'activité, et dispose dans cette position du droit à congé de maladie en cas de maladie dûment constatée le mettant dans l'impossibilité d'exercer les fonctions qu'il exercerait s'il n'était pas suspendu ; qu'ainsi le droit au congé de maladie ne peut être légalement refusé à un fonctionnaire au seul motif qu'à la date de sa demande il fait l'objet d'une mesure de suspension » (CE, 22 février 2006, n° 279756, mentionné aux Tables, mise en forme modifiée).

La Haute juridiction a poussé le raisonnement encore plus loin en jugeant qu'un agent qui était déjà suspendu avant d'être placé en arrêt de travail devait être maintenu en position d'activité et, en conséquence, bénéficier des droits inhérents aux congés de maladie :

« Le fonctionnaire qui fait l'objet d'une mesure de suspension est maintenu en position d'activité, a droit en cette qualité à des congés de maladie ou de longue maladie en cas de maladie dûment constatée le mettant dans l'impossibilité d'exercer les fonctions qu'il exercerait s'il n'était pas suspendu et bénéficie du régime de rémunération afférent à ces congés ; qu'en plaçant ce fonctionnaire en congé de maladie ou de longue maladie, l'autorité compétente met nécessairement fin à la mesure de suspension, sans préjudice de la possibilité pour elle de la décider à nouveau à l'issue du congé si les conditions prévues à l'article 30 de la loi du 13 juillet 1983 demeurent remplies. Considérant qu'il ressort des pièces versées au dossier que, postérieurement aux demandes présentées par M. A le 28 juin 2010, le ministre l'a, par un arrêté du 2 août 2010, placé en congé de longue maladie à compter du 23 mai 2010 pour une durée de neuf mois ; qu'en lui accordant le bénéfice de ce congé, le ministre a, implicitement mais nécessairement, abrogé l'arrêté du 4 janvier 2008 par lequel il avait pris à son encontre une mesure de suspension [...] » (CE, 26 juillet 2011, n°343837, mentionné aux Tables).

À toutes fins utiles, on rappellera, enfin, que la rémunération versée pendant un congé maladie, que ce soit par l'administration pour les fonctionnaires ou par la CPAM pour les agents contractuels de droit public, n'a pas le même objet que celle versée par l'employeur en contrepartie du travail exercé par l'agent concerné.

Il se déduit par conséquent de tous les développements qui précèdent qu'un agent public placé en congé maladie ne devrait se voir appliquer les dispositions des articles 12 et 14 de la loi du 5 août 2021 que lorsque son état de santé lui permet de reprendre son activité professionnelle, et en aucun cas avant son retour sans le service. À lui de prendre, le moment venu, les mesures nécessaires pour que cela soit possible au vu des obligations imposées par le législateur le moment venu.

En toute hypothèse, un certificat de vaccination ne saurait légalement lui être demandé avant toute reprise du travail, de la même façon que la suspension ne peut prendre effet qu'au terme de son congé maladie.

Contre toute attente, cette analyse n'a pas été partagée par toutes les juridictions saisies par des fonctionnaires suspendus alors qu'ils étaient en congés pour raisons médicales, créant ainsi, en plus d'une rupture d'égalité manifeste, une insécurité juridique inédite.

B) Des jurisprudences divergentes à l'origine d'une rupture d'égalité manifestes entre les agents placés en congés pour raisons médicales

Si toutes les ordonnances rendues par les juges administratifs des référés n'ont pas été portées à la connaissance des signataires du présent article, les décisions prononcées dans les dossiers instruits ainsi que les quelques-unes publiées en ligne permettent de dresser un bilan en demi-teinte du point de vue du respect des droits statutaires des personnels de santé relevant du secteur public.

Contrairement à ce que l'on pouvait légitimement penser, en effet, les juridictions saisies sur l'ensemble du territoire national ont rendu des ordonnances divergentes, pour certains au sein du même tribunal, créant ainsi une insécurité juridique inédite en l'absence d'avis ou de décision du Conseil d'État encore à ce jour.

- [La majorité des juges administratifs ont respecté l'esprit des textes en ordonnant la suspension les mesures de suspension prononcées à l'encontre des fonctionnaires placés en arrêt de travail pour raisons médicales avant le 15 septembre 2021.](#)



Le premier, le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a retenu dans une ordonnance particulièrement remarquée, rendue le 4 octobre 2021, que :

« 6. Les dispositions précitées de l'article 14 de la loi du 5 août 2021 qui permettent à l'employeur d'interdire à un agent public hospitalier soumis à l'obligation vaccinale d'exercer son activité et d'interrompre sa rémunération tant qu'il n'a pas présenté l'un des documents mentionnés au I de l'article 13 ou, à défaut, au A, puis au B, du I de l'article 14 de cette loi, ne trouvent pas à s'appliquer à l'agent qui, placé en congé maladie à la date d'entrée en vigueur de ces dispositions, n'est pas en mesure d'exercer son activité. Elles ne légifèrent pas non plus, en tout état de cause, sur les droits acquis au titre de l'avancement par un agent public hospitalier durant la période de suspension de ses fonctions » (n° 2111794).

Par cette même ordonnance, le juge des référés a confirmé, par ailleurs, que les agents placés en congés maladie ne devaient pas perdre leurs droits acquis au titre de l'avancement.

Cette solution, conforme à une lecture téléologique de la loi, a depuis été confirmée par d'autres ordonnances rendues par le même tribunal (v. par ex. deux ordonnances rendues le 21 octobre 2021, n° 2112461 et n° 2112465).

Les juges des référés de plusieurs autres tribunaux administratifs ont ensuite confirmé la solution rendue par le juge de Cergy-Pontoise, à savoir l'existence d'un doute sérieux sur la légalité de la mesure de suspension de fonctions d'un agent placé en congé maladie au jour de la notification de cette décision.

En voici quelques exemples : TA Melun, ord. 21 octobre 2021, n° 2109119, n° 2109120, n° 2109121, n° 2109122, n° 2109123 et n° 2109124 ; TA Nancy, ord. 21 octobre 2021, n° 2102908, n° 2102906 et n° 2102904 ; TA Montpellier, 21 octobre 2021, n° 2105301 ; TA Grenoble, ord. 26 octobre 2021, n° 2106636 ; 13 décembre 2021, n° 2107838 ; 1er février 2022, n° 2200136 - une trentaine de décisions en ce sens ont été prises par ce tribunal administratif jusqu'à encore très récemment) ; TA Rennes, ord. 28 octobre 2021, n° 2105113 ; 29 octobre 2021, n° 2105131- n° 2105155 - n° 2105232 ; TA Orléans, ord. 3 novembre 2021, n° 2103681 ; 15 novembre 2021, 2103788 ; TA Marseille, ord. décembre 2021 (date et numéro de dossier inconnus) ; TA Strasbourg, ord. 6 décembre 2021, n° 2107706.

• De manière tout à fait contestable, quelques juges des référés réfractaires ont refusé de suspendre les décisions de suspensions de fonctions d'agents absents du service pour des raisons médicales.

Pour quelques-uns dès les premiers litiges portés devant eux, pour d'autres après un revirement difficilement incompréhensible de leur jurisprudence ou bien en raison de positions divergentes entre les juges des référés d'une même juridiction, plusieurs tribunaux administratifs ont rejeté les requêtes d'agents suspendus pendant un congé maladie.

À titre liminaire, il semble important de relever qu'à de nombreuses occurrences depuis l'entrée en vigueur de l'obligation vaccinale, les juges des référés administratifs ont abusé de la pratique des ordonnances de tri à l'occasion des contestations de suspensions de fonction. La situation particulière des agents placés en congé maladie avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 août 2021 a donné lieu le plus souvent à des procédures contradictoires. L'absence de jurisprudences topiques publiées concernant les agents malades ou placés en congés maternité alors qu'ils étaient déjà suspendus laisse supposer que des ordonnances de tri sont majoritairement rendues en ce qui les concerne.

Ce sont donc les litiges impliquant des arrêts de travail pour raisons médicales avant le 15 septembre 2021 qui sont très majoritairement évoqués ici (on relèvera seulement que le juge des référés rennais ayant opportunément rejeté pour défaut d'urgence la requête d'un agent placé en congé maladie après cette date, sa position sur le fond demeure inconnue aux soussignés: TA Rennes, ord. 1er décembre 2021, n° 2105644).

Certains juges des référés ont considéré que les agents concernés, bien qu'absents du service pour raisons médicales indépendantes de la crise sanitaire et dès avant le 15 septembre 2021, s'étaient eux-mêmes placés en difficulté en refusant de présenter un justificatif de vaccination. Le cas échéant, leurs requêtes en référé suspension ont été rejeté au motif d'un défaut d'urgence.

Tel a été le cas, notamment, d'un juge des référés dissident au sein du tribunal administratif de Melun à l'occasion d'une audience récente du 14 janvier 2022 (n° 2111547) :



« 4. En l'espèce, pour justifier l'urgence d'une suspension de la décision en litige, Mme X. fait valoir que la suspension dont elle fait l'objet la prive de tout revenu depuis le 15 septembre 2021. Il n'est cependant pas établi, d'une part, que la requérante serait dans l'impossibilité d'utiliser, avec l'accord de son employeur, des jours de congés ce qui aurait pour effet de permettre au centre hospitalier de reprendre le versement de sa rémunération. D'autre part, l'intéressée, aide-soignante au sein du grand hôpital de l'est francilien, qui ne pouvait ignorer l'obligation vaccinale à laquelle elle est soumise en cette qualité, s'est elle-même placée dans l'impossibilité de poursuivre son activité professionnelle en refusant de satisfaire à cette obligation. Dans ces conditions, et alors même que Mme X. serait privée de toute ressource, les nécessités de protection de la santé publique s'attachant à l'exécution de la mesure contestée font obstacle à ce que la condition d'urgence, à laquelle les dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative subordonnent la suspension de l'exécution d'une décision administrative, soit regardée comme remplie »

D'autres juges des référés ont rejeté les requêtes adressées par les agents suspendus en excipant d'une absence de doute sérieux sur la légalité des mesures de suspension malgré l'absence des agents placés en congé maladie ou maternité.

Certains juges n'ont pas même motivé le rejet des requêtes, se bornant à viser ou citer les articles 12 et 14 de la loi du 5 août 2021 (TA BORDEAUX, 8 novembre 2021, n° 2105528 ; TA Strasbourg, ord., 10 novembre 2021, n° 2107352)

Pour d'autres, la motivation de leurs décisions tient principalement au fait que « la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 n'a pas opéré de distinction, s'agissant de l'obligation vaccinale qu'elle édicte, selon que les fonctionnaires concernés seraient, ou non, en congé de maladie » (TA Besançon, ord. 11 octobre 2021, n° 2101694 ; TA Nîmes, 23 novembre 2021, n° 2103876)

Le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a quant à lui retenu que :

« 7. Les dispositions de l'article 41 de la loi du 9 janvier 1986 selon lesquelles le fonctionnaire conserve, selon la durée du congé, l'intégralité ou la moitié de son traitement, ont pour seul objet de compenser la perte de rémunération due à la maladie en apportant une dérogation au principe posé par l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983 subordonnant le droit au traitement au service fait. Elles ne peuvent avoir pour effet d'accorder à un fonctionnaire bénéficiant d'un congé de maladie des droits à rémunération supérieurs à ceux qu'il aurait eus s'il n'en avait pas bénéficié.

8. [...] Si l'intéressée n'avait pas été placée en congé de maladie, elle n'aurait donc pu, en tout état de cause, percevoir son traitement en raison de l'interdiction d'exercer son activité imposée par ces dispositions et de la suspension de fonction sans rémunération que son employeur était tenu de prononcer à son égard en application du III de ce même article à défaut que ladite loi ait expressément prévu d'autres possibilités que celle consistant à utiliser des jours de congés payés ainsi qu'en dispose ce III. Or le versement d'une rémunération au titre de son congé de maladie aurait pour effet, en méconnaissance de la règle ci-dessus énoncée, de lui accorder des droits supérieurs à ceux auxquels elle aurait pu prétendre si elle n'avait pas bénéficié d'un tel congé. Dans ces conditions, aussi légitime que puisse être l'arrêt de travail prescrit médicalement, et alors même qu'il est antérieur à la décision en litige, il n'a pas droit au maintien de son traitement à compter du terme de la période de congés annuels qui lui ont été accordés. Il suit de là que le moyen invoqué n'apparaît pas de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée »

(TA Toulouse, ordonnance, 22 octobre 2021, req. n° 2105971)

Enfin, le juge des référés du Tribunal administratif de Lyon semblait plutôt favorable à l'interprétation de la loi du 5 août 2021 suivant laquelle la vaccination ne peut être exigée des agents absents des services de soins et, de ce fait, éloigné des personnes vulnérables (v. en ce sens : TA Lyon, ord. 22 octobre 2021, n° 2108122 et 2108124 : la circonstance que les requérants exercent leurs fonctions de cuisinier dans un bâtiment annexe situé à l'extérieur de l'hôpital fait qu'ils n'étaient pas au nombre des personnes concernées par l'obligation vaccinale prévue aux articles 12 et suivants de la loi du 5 août 2021). Pourtant, à titre d'exemple porté à notre connaissance, par une ordonnance rendue le 24 novembre suivant (n° 2108797), un juge du même tribunal n'en a pas moins rejeté la requête en référé d'un agent suspendu alors qu'il se trouvait en congé maladie pour absence de doute sérieux...

La liste des ordonnances citées est bien évidemment loin d'être exhaustive. Elle permet néanmoins de démontrer l'insécurité juridique manifeste dans laquelle se trouvent les agents concernés, en plus d'être, faut-il le rappeler, en arrêt de travail pour raisons médicales...

Il est plus de temps que le Conseil d'État rende une décision, ce dernier étant saisi de plusieurs pourvois en cassation, afin d'harmoniser la jurisprudence des juridictions du fond.

Il ne reste plus qu'à espérer que ce soit au terme d'un raisonnement favorables aux agents...



EN CONCLUSION

Les personnels de santé concernés se trouvent actuellement dans une situation très précaire.

Notamment, les arrêts maladie sont particulièrement contrôlés à la demande des administrations employeurs depuis le 15 septembre 2021 et la procédure de radiation des cadres de la fonction publique pour abandon de poste a été opportunément utilisée par plusieurs établissements de santé pour exclure des personnels non vaccinés, dans le but à peine voilé de contourner les dispositions de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021.

Pour ne citer qu'un seul exemple, le juge des référés du tribunal administratif de Poitiers a ordonné la suspension de la décision de radiation des cadres d'un agent non vacciné, par ailleurs privée de rémunération depuis plusieurs semaines, alors même que cet agent avait fait connaître son intention de solliciter une contre-expertise en suite de l'avis d'aptitude du médecin agréé (TA Poitiers, ord., 9 décembre 2021, n° 2102972 – 2103119).

Indépendamment du risque de radiation des cadres pour abandon de poste, la précarité de leur situation est une évidence en ce qui concerne les agents qui sont suspendus de leurs fonctions pendant leur arrêt de travail ou leurs congés maternité : non seulement ces agents ne peuvent-ils pas envisager de cumuler un autre emploi pendant le temps de leur suspension puisqu'ils sont en arrêt maladie ou maternité, mais encore se trouvent-ils privés de tout revenu, même au titre des minima sociaux ! Au contraire, un agent suspendu à titre conservatoire dans le cadre du lancement d'une procédure disciplinaire aura droit au maintien de sa rémunération pendant une période au moins égale à quatre mois, voire à la moitié de son traitement en cas de poursuites pénales...

L'absence de proportionnalité des décisions prononçant la suspension avec privation de rémunération d'agents absents du service est patente, a fortiori lorsqu'ils sont en congés pour raisons médicales !

Là encore, la rupture d'égalité est consommée au même titre que l'atteinte aux droits fondamentaux puisque, parmi les agents suspendus qui en font la demande, nombreux sont ceux qui se voient refuser le bénéfice du revenu de solidarité active (RSA), en violation de législation en vigueur et des principes fondamentaux garantissant à tout citoyen le droit de mener une vie privée et familiale digne. À titre d'illustration, le Département de la Drome refuse d'accorder le RSA aux agents suspendus alors que le conseil départemental ardéchois y est favorable...

Une telle brèche dans les droits sociaux semble inédite en France, et difficilement justifiable du point de vue de l'objectif de protection de la santé publique – absents du service, les agents concernés ne sauraient en effet constituer une menace sanitaire !

Enfin, les agents qui ont obtenu une décision favorable de la part du juge des référés sont également placés dans une situation pour le moins précaire.

En effet, dans le meilleur des cas, l'ordonnance sera confirmée par les juges du fond, mais ce n'est pas une certitude. Or, dans l'hypothèse d'une infirmation de la décision provisoire prononcée en référé, il est à craindre que les établissements exigent le remboursement des indemnités versées pendant leur arrêt de travail...

Le Conseil d'État doit rapidement poser sa jurisprudence, au risque de mettre encore plus en difficulté les nombreux agents déjà fragilisés !





*Maître Florian Becam,
Avocat Spécialisé
en Droit du Travail
au Barreau de Libourne.*

LA CONTTESTATION DE LA SUSPENSION

du contrat de travail dans le cadre des mesures COVID

C'est à la faveur d'une nouvelle modification du « Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 » adopté un an plus tôt (1), qu'il a été décidé d'y intégrer la mise en place de l'obligation vaccinale et du passe sanitaire suite à la loi no 2021-1040 du 5 août 2021 de sortie de crise sanitaire.

Le 10 septembre 2021, ce protocole a de nouveau été modifié pour y intégrer les modifications apportées par le décret no 2021-1162 du 8 septembre 2021 et pour tenir compte des dates d'obligation vaccinale pour certaines professions.

La loi no 2021-1040 du 5 août 2021 de sortie de crise sanitaire a créé deux nouvelles contraintes :

— depuis le 30 août 2021, les salariés travaillant dans certains établissements recevant du public, notamment les bars et restaurants, sauf lorsque leur activité se déroule dans des espaces non accessibles au public (ex : bureaux) en dehors des horaires d'ouverture au public et sauf pour les personnels effectuant des livraisons ou des interventions d'urgence, doivent présenter un passe sanitaire (visant à justifier un statut vaccinal complet ou un certificat de rétablissement valide, ou un certificat médical de contre-indication), faute de quoi leur contrat de travail peut être suspendu, voire rompu s'il s'agit d'un CDD ;

— depuis le 15 octobre 2021, le personnel soignant doit avoir un schéma vaccinal complet, ces mêmes salariés se voyant signifié à défaut la suspension leur contrat de travail.

C'est dans ce contexte qu'un nouveau contentieux en droit du travail a vu le jour, visant à contester le bien-fondé ou la légitimité de la « suspension » du contrat de travail des salariés n'ayant pas répondu à ces nouvelles exigences...



1) *Suspension ou mise à pied ?*

La question s'est tout d'abord posée de la nature de cette suspension, étant rappelé que Madame Elisabeth BORNE, ministre du Travail, avait annoncé le 20 juillet 2021 sur la chaîne BFMTV que l'employeur pourrait s'engager vers une procédure de licenciement pour motif disciplinaire – tel qu'une mise à pied ou un licenciement – pour le cas où le salarié n'aurait pas réalisé son parcours de vaccination ou ne présenterait pas de test covid-19 négatif.

Dès lors, certains ont pu considérer qu'il y avait en ce cas une confusion entre le concept de suspension du contrat de travail et la mise à pied du salarié, de nature disciplinaire.

Tout d'abord, que faut-il entendre par « suspension » du contrat de travail ?

Traditionnellement, en droit, la suspension se définit comme « une mesure temporaire qui fait provisoirement obstacle à l'exercice d'une fonction ou d'un droit, à l'exécution d'une convention ou d'une décision, etc., soit à titre de sanction soit par mesure d'adaptation » (3).

Il s'agit donc d'une mesure provisoire qui permet d'éviter la rupture du lien contractuel, alors que l'une des parties n'est temporairement pas en capacité de respecter son obligation.

En droit du travail, les causes de suspension du contrat de travail prévues par le législateur sont nombreuses : congés divers et variés (solidarité familiale, maternité, création d'entreprise, mandat politique...), grève, maladie, obligations militaires, activité partielle, mise à pied conservatoire ou disciplinaire etc..

Si la suspension du contrat de travail est généralement liée à un empêchement consécutif à l'absence du salarié (hors congés payés ou repos qui font partie intégrante de la « vie normale » du contrat), encore faut-il que cette absence soit justifiée et non fautive...

En effet, les absences injustifiées du salarié n'entraînent pas la suspension du contrat de travail car elles sont constitutives d'une inexécution fautive susceptible de caractériser un abandon de poste ou une faute grave pouvant mener au licenciement...

Il faut donc distinguer d'une part la suspension, qui trouve son origine dans un événement étranger à toute faute du salarié, et d'autre part la mise à pied disciplinaire ou conservatoire, qui se justifie par le comportement fautif (réel ou supposé) du salarié.

Il y a donc une incohérence apparente dans le choix du législateur d'imposer une obligation vaccinale dont l'absence de respect – nécessairement fautive – n'entraîne pas pour autant de sanction disciplinaire mais une simple « suspension » du contrat, alors que le refus de se conformer à l'obligation vaccinale devrait être constitutive d'une insubordination.

D'aucuns pourraient donc imaginer que le terme de « suspension » est un abus de langage et qu'il s'agit en réalité d'une sanction déguisée visant à priver les salariés réfractaires de leur emploi et de toute rémunération...

Cette sanction peut paraître d'autant plus sévère qu'elle n'est limitée par aucune durée (contrairement aux mises à pied disciplinaires), alors qu'en principe toute suspension du contrat de travail est par nature provisoire et que la France métropolitaine est sortie de « l'Etat d'urgence sanitaire » depuis le 1er juin 2021 (4).

2) *Le statut vaccinal d'un salarié peut-il être un motif discriminatoire permettant d'obtenir la nullité de la décision de suspension ?*

La Convention n°111 de l'Organisation internationale du travail (OIT) concernant la discrimination, adoptée le 25 juin 1958 et ratifiée par la France le 28 mai 1981, est l'un des textes fondateurs en la matière.

Son article 1er dispose que la discrimination doit s'entendre de toute distinction, exclusion ou préférence qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession, dont l'accès à l'emploi et aux différentes professions, ainsi que les conditions d'emploi.

En droit interne, l'article L 1132-1 du Code du travail dispose qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, d'affectation, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son état de santé.

La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations précise pour sa part que constitue une discrimination directe la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.



Il serait ainsi possible de considérer que l'exclusion des salariés non-vaccinés caractérise une discrimination liée à l'état de santé, puisqu'en l'espèce le « statut vaccinal » (qui est une donnée médicale en principe couverte par le secret) devient un élément déterminant de l'aptitude physique du salarié à occuper son poste.

A cet égard, il est significatif d'observer que si « les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées » (art. L. 1133-3 du Code du travail), il apparaît que le législateur n'a pas souhaité conditionner la suspension éventuelle du contrat de travail à l'appréciation du Médecin du travail et à la procédure prévue en cas d'inaptitude pour raison de santé.

Il est à noter que l'application d'une telle procédure aurait permis au Médecin du travail de déclarer certains salariés non-vaccinés « aptes sous réserve » de certaines restrictions ou aménagements de poste, ce qui aurait en outre imposé à l'employeur – même en cas d'inaptitude totale - de rechercher une solution de reclassement sur un autre poste et de procéder à défaut au licenciement du salarié, sauf à reprendre le paiement du salaire passé le délai d'un mois après l'avis d'inaptitude.

Quoiqu'il en soit, le salarié qui s'estime victime d'une discrimination peut agir en nullité sur le fondement de l'article L 1132-4 du Code du travail et demander ainsi d'être rétabli dans ses droits en obtenant sa réintégration, ainsi qu'une indemnité d'éviction correspondant à la perte de salaire pendant la période de suspension.

L'employeur pourrait par ailleurs être également condamné à verser des dommages-intérêts au salarié en raison du préjudice qu'il a subi du fait de la discrimination liée à son état de santé.

Bien que les décisions de jurisprudence sur le contentieux lié aux contestations des suspensions de contrat de travail dans le cadre des mesures COVID soient encore rares à ce jour, il est évident qu'au vu du nombre de salariés concernés, dont certains ont été placés dans une situation de précarité particulièrement préjudiciable, la question sera posée de la conformité de ces mesures aux principes fondamentaux et au droit international en matière d'égalité, de discrimination et de sécurité de l'emploi.

1) Le protocole national sanitaire en entreprise du 31 août 2020 a fait l'objet de nombreuses mises à jour et a été de nouveau actualisé le 8 décembre 2021 par le ministère du Travail face à la « 5e vague ».

2) Répertoire de droit du travail, « Suspension du contrat de travail : règles générales », Laurence FIN-LANGER – Avril 2019

3) G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, 12e éd., 2018.

4) NB : si la loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire publiée au Journal officiel du 11 novembre 2021 prolonge effectivement jusqu'au 31 juillet 2022 le régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire, l'état d'urgence sanitaire a bien pris fin le 1er juin 2021 en métropole. Par contre, l'état d'urgence sanitaire est en vigueur à la Martinique et à La Réunion depuis le 28 décembre 2021. Lors du conseil des ministres du 5 janvier 2022, le gouvernement a décrété l'état d'urgence sanitaire en Guadeloupe, en Guyane, à Mayotte, à Saint-Martin et à Saint-Barthélemy. L'état d'urgence sanitaire a également été décrété en Nouvelle-Calédonie lors du conseil des ministres du 2 février 2022.





**POUR ÊTRE
UNIQUE, IL FAUT
ÊTRE DEUX**

©Photos : StockPhotoPro, StockPhotoPro • Adobe stock

ENTREPRENEUR + AVOCAT

la relance est un travail d'équipe.

Êtes-vous prêts pour la reprise ?

Réalisez votre auto-diagnostic sur avocat.fr

LA LIBERTÉ SYNDICALE

dans la fonction publique mise à l'épreuve par la crise sanitaire

L'article 1er de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire a imposé la présentation d'un « pass sanitaire » à de nombreux agents publics, fonctionnaires ou contractuels, pour accéder à leur lieu de travail.

Cette contrainte, assimilable en réalité à une véritable obligation vaccinale, a été imposée dès le 15 septembre 2021 à certains salariés et agents publics. En effet, l'article 12 de la loi du 5 août 2021 leur a commandé de justifier d'une vaccination, d'un certificat de rétablissement ou de l'une des contre-indications réglementairement fixées dès lors qu'ils travaillaient dans des établissements de santé ou médico-sociaux ou bien qu'ils exerçaient certaines professions (sapeurs-pompiers, marins-pompiers des services d'incendie et de secours, pilotes et personnels navigants de la sécurité civile assurant la prise en charge de victimes, militaires des unités investies à titre permanent de missions de sécurité civile, membres des associations agréées de sécurité civile participant aux opérations de secours et à l'encadrement des bénévoles dans le cadre des actions de soutien aux populations ou qui contribuent à la mise en place des dispositifs de sécurité civile dans le cadre de rassemblements de personnes, personnes exerçant l'activité de transport sanitaire et les transports pris en charge sur prescription médicale, prestataires de services et distributeurs de matériels et dispositifs médicaux).

Ce sont les trois pans de la fonction publique (État, territoriale et hospitalière) qui ont été concernés puisque cette contrainte sanitaire a été imposée non seulement dans les établissements de santé et médico-sociaux, mais aussi dans des établissements et des lieux susceptibles d'être exploités par des collectivités publiques (musées, salles et complexes sportifs ou culturels, théâtres, auditorium des conservatoires, bibliothèques, etc.).

Récemment, le « pass vaccinal » est entré en vigueur avec la loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique, imposant dorénavant de justifier d'un schéma vaccinal complet, d'un certificat de rétablissement ou de contre-indication à la vaccination.

*Maitre Bénédicte Rousseau,
et Maitre Alma Basic,
Avocates au Barreau de Paris.*



À compter du 15 septembre 2021, le législateur a prévu qu'en cas de non-présentation des justificatifs liés à l'une ou l'autre de ces obligations, les employeurs publics pouvaient suspendre les agents de leurs fonctions, les privant ainsi de leur rémunération et de leur droit à l'avancement.

Cette mesure, qui constitue une sanction de fait sinon en droit, prive les personnels concernés de l'accès à leur lieu de travail, de sorte qu'ils rencontrent des difficultés pour accéder aux locaux syndicaux.

Plus encore, la liberté syndicale a été particulièrement malmenée depuis le début de l'application de la loi du 5 août 2021 en raison de la multiplication des mesures de suspensions d'agents publics titulaires de mandats syndicaux, inclus ceux bénéficiaires de décharges totales d'activité de service ou de détachements à temps complet dans leurs syndicats.

Or, on peine à comprendre dans quelle mesure l'objectif de santé publique visé par ces contraintes sanitaires justifieraient d'entraver les droits syndicaux, et ce d'autant plus que le Conseil constitutionnel a confirmé à plusieurs reprises que les activités syndicales étaient exclues du champ d'application des passs sanitaire et vaccinal, au même titre que les activités politiques et culturelles (Décisions n° 2021-819 DC du 31 mai 2021 sur la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire - n° 2021-824 DC du 5 août 2021 sur la loi relative à la gestion de la crise sanitaire – n° 2022-835 DC du 21 janvier 2022 sur la loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique).

Le droit syndical des agents publics est par ailleurs garanti par les sources les plus contraignantes dans la hiérarchie des normes (I), bien que les impératifs liés au bon fonctionnement du service permettent aux administrations d'y apporter des limites (II).

Il apparaît donc difficilement justifiable en droit que les agents porteurs d'un mandat syndical soient soumis à l'obligation de justifier d'un pass sanitaire ou vaccinal (III).

Pourtant, il n'en demeure pas moins que le juge du référé liberté du Conseil d'État a rendu au mois d'octobre 2021 une ordonnance qui semble remettre en cause la réserve posée par le Conseil constitutionnelle s'agissant des activités syndicales, en confirmant la possibilité de suspendre de leurs fonctions les représentants syndicaux (CE, ord. 20 octobre 2021, n° 457101). D'autres actions judiciaires sont actuellement pendantes devant les juridictions administratives (IV).

I. La protection du droit syndical dans la fonction publique est garantie à tous les niveaux de la hiérarchie des normes

Les normes juridiques en vigueur assurent une protection très forte de la liberté syndicale des agents relevant de la Fonction publique.

A) Les normes constitutionnelles consacrant la liberté syndicale

- Préambule de la Constitution de 1946 (6èmealinéa) : « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix. »

- Le Conseil Constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle de la liberté syndicale
CC, 25 juillet 1989, n° 89-257 DC, § 22 : « les modalités de mise en œuvre des prérogatives reconnues aux organisations syndicales doivent respecter la liberté personnelle du salarié qui, comme la liberté syndicale, a valeur constitutionnelle »
(v. plus récemment : CC, 19 nov. 2010, n° 2010-68 QPC, Syndicat des médecins d'Aix et région)



B) La liberté syndicale est également consacrée par plusieurs conventions internationales

En raison de la primauté du droit international sur le droit interne résultant de l'article 55 de la Constitution, une loi doit être écartée par le juge en cas de non-conformité avec une norme internationale qui a été ratifiée par la France et dont il l'applicabilité directe en droit interne a été admise (les critères ont été posés par le Conseil d'État dans un arrêt du 11 avril 2012, n° 322326, publié au Recueil Lebon).

En ce qui concerne la liberté syndicale, sont directement applicables en droit interne les normes internationales suivantes :

L'article 11.1 de la CEDH

CourEDH, Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède, 6 février 1976, n° 5614/72 : l'article 11.1 de la CEDH « présente la liberté syndicale comme une forme ou un aspect particulier de la liberté d'association » et « la Convention protège la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci »

NB : dispositions reprises à L'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

L'article 5 de la Charte sociale européenne

Depuis 2014, le Conseil d'État reconnaît l'effet direct de cette convention internationale, et notamment de l'article 24 relatif au droit à la protection en cas de licenciement (CE, 10 février 2014, Fischer, n° 358992, mentionné aux Tables).

Par un arrêt Syndicat national des collèges et des lycées du 23 juillet 2014 (n° 358349), le Conseil d'État a également admis de connaître du respect de l'article 5 de la Charte relatif au droit syndical.

Dans une décision rendue en 2006, le Comité de la liberté syndicale a précisé que « Les dirigeants d'organisations de travailleurs et d'employeurs doivent bénéficier des facilités appropriées pour l'exercice de leurs fonctions, y compris le droit de sortir du pays lorsque leurs activités en faveur des personnes qu'ils représentent l'exigent; de même, la libre circulation de ces représentants doit être assurée par les autorités » (Recueil 2006, paragr. 749 ; 357ème rapport, cas n° 2722, paragr. 263).

L'article 6, § 1, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui garantit le droit qu'à toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté.

Il a été jugé par la Chambre sociale de la Cour de cassation que ce texte s'oppose à ce qu'un salarié tenu au respect d'une obligation de non-concurrence soit privé de toute contrepartie financière au motif qu'il a été licencié pour faute grave (Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 05-40.876, Bull. 2008, V, n° 251).

Le juge administratif devrait également admettre l'effet direct de ce texte.

Par analogie, les agents publics qui seront privés de toute ressources pendant les périodes de suspension de revenus (représentants du personnel mais aussi agents sans aucun mandat), sans possibilité de cumuler un autre emploi, pourront également invoquer ces dispositions devant la juridiction administrative pour contester l'application de la loi du 5 août 2021 et le décret n° 2021-1059 du 7 août 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

La Convention OIT n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical

- Article 3.2 : « Les autorités publiques doivent s'abstenir de toute intervention de nature à limiter ce droit ou à en entraver l'exercice légal ».

- Article 8 : « 1. Dans l'exercice des droits qui leur sont reconnus par la présente convention, les travailleurs, les employeurs et leurs organisations respectives sont tenus, à l'instar des autres personnes ou collectivités organisées, de respecter la légalité.

2. La législation nationale ne devra porter atteinte ni être appliquée de manière à porter atteinte aux garanties prévues par la présente convention ».

Le Conseil d'État (CE, 23 décembre 2011, n° 341670) et la Cour de cassation (Cass., Soc., 13 janvier 2009, n° 07-17. 692 ; Cass., Soc., 3 mars 2010, n° 09-60. 283) ont reconnu l'effet direct de ces dispositions en droit interne.

NB : la Convention OIT n° 151 sur les relations de travail dans la fonction publique de 1978 n'a pas été ratifiée par la France. Elle n'est donc pas invocable en cas de litige porté devant une juridiction française.



C) La liberté syndicale est pareillement garantie par les lois et règlements applicables aux agents de la fonction publique

Les agents publics sont soumis à des dispositions législatives et réglementaires particulières distinctes de celles applicables aux salariés du secteur privé, sauf dispositions législatives prévoyant l'application du code du travail au secteur public :

L'article L. 2111-1 du code du travail précise que les dispositions relatives aux syndicats professionnels, dont celles relatives à l'exercice du droit syndical, « sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés. / Elles sont également applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé, sous réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel ».

On en déduit que les agents publics ne sont en principe pas soumis au code du travail, de sorte qu'ils ne bénéficient pas non plus des dispositions protectrices de la liberté syndicale applicables aux salariés et aux agents de droit privé des établissements publics. L'emploi dans le secteur public constitue une spécificité de nature à justifier un traitement juridique différencié pour le Conseil constitutionnel comme pour le Conseil d'État.

CE, 13 décembre 1985, n° 43753, publié : les références faites au code du travail n'ont « ni pour effet ni pour objet de rendre applicable aux fonctionnaires l'ensemble de ses dispositions relatives à l'exercice du droit syndical dans les entreprises ».

Par exception, la quatrième partie du code du travail, relative à la santé et à la sécurité au travail (articles L. 4111-1 à L. 4831-1) est, pour la majorité de ses dispositions, applicable aux établissements de santé mentionnés à l'article 2 de la loi n°86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

La liberté syndicale des agents publics est consacrée par plusieurs dispositions législatives et réglementaires :

L'article 6 de la loi n° 83-364 du 13 juillet 1983 portant droits et obligation des fonctionnaires (Loi Le Pors) dispose en son deuxième alinéa que :

« Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur âge, de leur patronyme, de leur situation de famille ou de grossesse, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race ».

L'article 8 de la loi Le Pors indique que le droit syndical est « garanti au fonctionnaire. Les intéressés peuvent librement créer des organisations syndicales, y adhérer et y exercer des mandats. Ces organisations peuvent ester en justice. / Elles peuvent se pourvoir devant les juridictions compétentes contre les actes réglementaires concernant le statut du personnel et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs des fonctionnaires ».

La loi Le Pors ne prévoit rien en ce qui concerne les moyens syndicaux.

NB : Le champ d'application des dispositions statutaires s'étend aux agents contractuels de droit public (article 32-II de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ; articles 96-98 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 relative à la fonction publique hospitalière).

À ce titre, les agents publics sont autorisés à adhérer à des organisations syndicales et à y exercer des mandats, dans des conditions précisées par la jurisprudence administrative.

Chacune des trois fonctions publiques prévoit ensuite des dispositions particulières, propres aux agents qui relèvent de la fonction publique de l'État, de la fonction publique territoriale ou de la fonction publique hospitalière.

À titre d'illustration, on peut citer parmi les textes relatifs au droit syndical dans la fonction publique hospitalière, dont les agents sont majoritairement concernés par l'obligation vaccinale :

L'article 96 de loi n°86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière dispose que :

« Les établissements doivent permettre l'affichage des informations d'origine syndicale, autoriser la distribution des publications syndicales et, sous réserve des nécessités du service, accorder aux fonctionnaires des facilités pour assister aux réunions d'information syndicale.

Les cotisations syndicales peuvent être collectées dans l'enceinte des bâtiments, mais en dehors des locaux ouverts au public, par les représentants des organisations syndicales qui ne sont pas en service ou qui bénéficient d'une décharge d'activité de service. Ces collectes ne doivent en aucun cas porter atteinte au fonctionnement du service.

Les établissements employant au moins cinquante agents doivent mettre à la disposition des organisations syndicales représentatives, sur leur demande, des locaux à usage de bureau ».



Le Décret n°86-660 du 19 mars 1986 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique hospitalière prévoit que si les dispositions du code du travail relatives à la libre circulation des représentants du personnel ne sont pas applicables aux agents publics, plusieurs dispositions du décret du 19 mars 1986 peuvent justifier le droit de tout agent public titulaire d'un mandat syndical de circuler librement dans l'établissement de santé ou médico-social dans l'exercice de ses fonctions syndicales :

Mise à disposition et accès aux locaux syndicaux : Les locaux mis à disposition des organisations syndicales doivent être en principe situés dans l'enceinte de l'établissement et situés au plus près du lieu de travail des agents. Si l'établissement est contraint de louer des locaux, il en supporte alors la charge mais ne peut en aucun cas verser de subvention à cet effet à une organisation syndicale.

Article 3 du décret du 19 mars 1986 :

« Dans les établissements employant au moins cinquante agents, l'autorité compétente doit mettre, sur leur demande, un local commun à usage de bureau à la disposition des organisations syndicales ayant une section syndicale dans l'établissement et représentées au Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière ou représentatives dans l'établissement. Sont considérées comme représentatives dans l'établissement les organisations syndicales disposant d'au moins un siège au sein du comité technique d'établissement. Dans les établissements de moins de 50 agents, la mise à disposition par l'administration d'un local commun et équipé est facultative. Dans toute la mesure du possible, l'autorité compétente met un local distinct à la disposition de chacune de ces organisations.

L'octroi de locaux distincts est de droit, sur leur demande, pour les organisations représentées au Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière ou représentatives dans l'établissement lorsque celui-ci emploie au moins deux cents agents. Dans un tel cas, l'ensemble des organisations affiliées à une même fédération ou confédération se voient attribuer un même local. [...] ».

Article 4 du décret du 19 mars 1986 :

« Les locaux mis à la disposition des organisations syndicales sont normalement situés dans l'enceinte des bâtiments de l'établissement. Toutefois, en cas d'impossibilité, ces locaux peuvent être situés en dehors de l'enceinte des bâtiments de l'établissement. Si l'établissement est contraint de louer des locaux, il en supporte alors la charge. [...] »

Les réunions syndicales :

Article 5 du décret du 19 mars 1986 :

« Les organisations syndicales peuvent tenir des réunions statutaires ou d'information dans l'enceinte des bâtiments de l'établissement auxquelles seuls peuvent participer les agents qui ne sont pas en service ou qui bénéficient d'une autorisation spéciale d'absence. Toutefois, en cas d'impossibilité, ces réunions peuvent se tenir hors de l'enceinte des bâtiments de l'établissement, dans des locaux mis à la disposition des organisations syndicales ».

Article 6 du décret du 19 mars 1986 :

« Les organisations syndicales représentées au Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière ou représentatives dans l'établissement sont, en outre, autorisées à tenir des réunions mensuelles d'information d'une heure auxquelles peuvent participer les agents pendant leurs heures de service. Une même organisation syndicale peut regrouper ses heures mensuelles d'information par trimestre. Leur tenue ne peut aboutir à ce que les autorisations spéciales d'absence accordées aux agents désirant y assister excèdent douze heures par année civile, délais de route non compris. [...] ».

Article 7 du décret du 19 mars 1986

« Tout représentant mandaté par une organisation syndicale à cet effet a libre accès aux réunions tenues par cette organisation, même s'il n'appartient pas à l'établissement dans lequel se tient la réunion.

L'autorité compétente doit être informée de la venue de ce représentant au moins vingt-quatre heures avant la date fixée pour la réunion, dans la mesure où celle-ci se tient dans l'enceinte des bâtiments de l'établissement ».

Article 8 du décret du 19 mars 1986 :

« Les réunions mentionnées aux articles 5 et 6 ne peuvent avoir lieu qu'hors des locaux ouverts au public et elles ne doivent en aucun cas porter atteinte au fonctionnement du service. [...] ».

Tout représentant mandaté à cet effet, par une organisation syndicale, a libre accès aux réunions que celle-ci organise et ce, même s'il n'appartient pas à la collectivité, à l'établissement au service dans les locaux de laquelle ou duquel la réunion a lieu (CE, 13 décembre 1985, n° 47958, publié ; CE, Section, 28 juillet 1989, n° 55920, p. 173).



Affichage des documents d'origine syndicale :

Article 9 du décret du 19 mars 1986 :

« Les organisations syndicales ayant une section syndicale ou des élus dans l'établissement ou représentées au Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière peuvent afficher toute information d'origine syndicale sur des panneaux réservés à cet usage, en nombre suffisant et de dimensions convenables, et aménagés de façon à assurer la conservation des documents.

Les panneaux doivent être placés dans des locaux facilement accessibles aux personnels mais auxquels le public n'a pas normalement accès, et déterminés après concertation entre les organisations syndicales et l'autorité compétente. [...] ».

Distribution des documents d'origine syndicale :

Article 10 du décret du 19 mars 1986 :

« Les documents d'origine syndicale peuvent être distribués aux agents dans l'enceinte des bâtiments de l'établissement mais en dehors des locaux ouverts au public. Ils sont également communiqués pour information à l'autorité compétente. Les distributions ne doivent en aucun cas porter atteinte au fonctionnement du service. Elles ne peuvent être assurées que par des agents de l'établissement qui ne sont pas en service ou qui bénéficient d'une autorisation spéciale d'absence ou d'un crédit de temps syndical ainsi que par des agents disposant d'un mandat syndical affectés dans un autre établissement de la fonction publique hospitalière du même département ».

Collecte des cotisations syndicales :

Article 11 du décret du 19 mars 1986 :

« Les cotisations syndicales peuvent être collectées dans l'enceinte des bâtiments de l'établissement, mais en dehors des locaux ouverts au public, par les représentants des organisations syndicales qui ne sont pas en service ou qui bénéficient d'une décharge d'activité de service.

Ces collectes ne doivent en aucun cas porter atteinte au fonctionnement du service ».

Le crédit de temps syndical :

Article 16 du décret du 19 mars 1986 :

« I. - Un crédit global de temps syndical est déterminé, au sein de chaque établissement à l'issue du renouvellement général des instances de concertation de la fonction publique hospitalière. Il est exprimé en effectifs décomptés en équivalent temps plein. [...]

IV. - Le crédit de temps syndical attribué est utilisé librement pour les besoins de l'activité syndicale et de la représentation des personnels auprès de l'autorité administrative. Il est utilisable, au choix de l'organisation syndicale, sous forme de décharges d'activité de service ou sous forme de crédits d'heure.

V. - Les organisations syndicales désignent les bénéficiaires des crédits de temps syndical parmi leurs représentants en activité dans l'établissement. Elles en communiquent la liste nominative au directeur de l'établissement ou à son représentant. Dans cette liste, sont précisés les volumes de crédit de temps syndical répartis sous forme de décharges d'activité de service et sous forme de crédits d'heures.

Les décharges de service sont exprimées sous forme d'une quotité annuelle de temps de travail.

Les crédits d'heures sont exprimés sous forme d'autorisations d'absence exprimées en heures, réparties mensuellement.

Si la désignation d'un agent est incompatible avec la bonne marche du service, l'autorité administrative, après avis de la commission administrative paritaire, invite l'organisation syndicale à porter son choix sur un autre agent »

L'instruction du 25 février 2016 relative à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique hospitalière précise les dispositions précitées.

Réunions syndicales :

« Tout représentant mandaté par une organisation syndicale a libre accès aux réunions tenues par cette organisation, même s'il n'appartient pas à l'établissement dans lequel se tient la réunion ; hors tenue de la réunion dans les locaux syndicaux, le chef d'établissement doit être informé de la venue de ce représentant au moins vingt-quatre heures avant la date de cette réunion dans la mesure où celle-ci se tient dans les locaux de l'établissement. »

Conditions d'attribution des locaux syndicaux :

« L'octroi d'un local distinct est de droit pour les organisations syndicales représentées au Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière, ainsi que pour les organisations syndicales représentatives dans l'établissement lorsque celui-ci emploie au moins 200 agents. Les établissements employant entre 50 et 199 agents doivent mettre à la disposition des organisations syndicales et sur leur demande un local commun à usage de bureau. Ces organisations syndicales doivent avoir déclaré une section syndicale dans l'établissement et être, soit représentatives dans cet établissement, soit représentées au conseil supérieur de la fonction publique hospitalière.

Les établissements employant moins de 50 agents peuvent également mettre un local commun à usage de bureau à disposition des organisations syndicales ayant une section syndicale dans l'établissement. [...]

Les locaux mis à disposition des organisations syndicales doivent être en principe situés dans l'enceinte de l'établissement et situés au plus près du lieu de travail des agents. Si l'établissement est contraint de louer des locaux, il en supporte alors la charge mais ne peut en aucun cas verser de subvention à cet effet à une organisation syndicale ».

Distribution des tracts :

« Les documents d'origine syndicale peuvent être distribués aux agents dans l'enceinte des bâtiments de l'établissement mais en dehors des locaux ouverts au public. Néanmoins, le restaurant du personnel, l'entrée dans l'enceinte de l'établissement, etc. auxquels accèdent également les visiteurs de l'hôpital seront considérés comme un lieu où ces documents pourront être distribués. Ils sont également communiqués pour information à l'autorité compétente. Ces distributions, qui ne doivent pas entraver le fonctionnement du service, ne peuvent être assurées que par des agents qui, soit ne sont pas en service, soit bénéficient d'une décharge d'activité de service ou d'une autorisation spéciale d'absence, ou enfin par des agents relevant d'un autre établissement de la fonction publique hospitalière et qui sont investis d'un mandat syndical quelle que soit la forme sous laquelle ils l'exercent (autorisations spéciales d'absence, décharges d'activité de service). Dans cette dernière hypothèse, le directeur de l'établissement devra être informé de la venue de ces agents au moins 24 heures à l'avance ».

Cet inventaire permet de mesurer l'importance des garanties dont bénéficient les fonctionnaires et les contractuels de la fonction publique pour exercer leurs droits syndicaux.

S'il existe des limites à cet exercice, elles sont strictement entendues et justifiées uniquement par la nécessité d'assurer la continuité du service public.

II. L'existence de limites à la liberté syndicale dans le secteur public

Au contraire des salariés du secteur privé, les agents publics sont soumis à des contraintes liées à l'intérêt général et au bon fonctionnement du service qui peuvent justifier que la direction des établissements limite leur liberté de circulation.

Les représentants syndicaux doivent s'efforcer de concilier leur activité syndicale avec leurs fonctions et veiller à ce qu'aucun trouble n'en résulte pour les usagers du service public.

De manière générale, le Conseil d'État juge que « l'exercice du droit syndical [doit] se concilier avec le respect de la discipline nécessaire au bon fonctionnement du service public » (CE, 27 mai 1991, n° 111790).

Sans doute l'obligation de réserve peut-être moins stricte pour un militant syndicaliste qu'en ce qui concerne les autres agents publics.

Toutefois, le juge administratif n'hésite pas à conforter les directions lorsque celles-ci sanctionnent des actions de nature à entraver le fonctionnement normal du service par action directe ou indirecte ou une participation à un acte collectif d'indiscipline (v. CE, 1er décembre 1967, Bo, n° 67957, p. 458 ; CAA Lyon, 15 déc. 2009, n° 09LY00567).

De même, un refus flagrant d'obéissance sera sanctionné (ex : cas d'un délégué syndical averti de l'interdiction de tenir une réunion dans les locaux du service pendant les heures de service et qui a passé outre : CE, 29 mars 1963, AP Paris, p. 222), de la même façon que la méconnaissance de consignes de la hiérarchie liées à la sécurité et au bon fonctionnement du service (CE, 30 déc. 2021, n° 445128).

Pour résumer, l'agent public titulaire d'un mandat syndical ne doit pas, par son comportement, entraver le fonctionnement normal du service ni menacer la sécurité par son comportement. Il convient particulièrement de prêter attention au fait que le mandat syndical ne fait pas obstacle à l'infliction d'une sanction disciplinaire quand son titulaire a commis une faute.

Cependant, dans la perspective de la suspension d'un agent porteur d'un mandat syndical, le juge du référé liberté du Conseil d'État a jugé que portait atteinte à la liberté syndicale la suspension des mandats représentatifs et syndicaux d'un agent public suspendu à titre conservatoire ainsi que l'interdiction qui lui avait été faite d'accéder aux locaux professionnels (CE, ord. 5 février 2016, n° 396431, mentionné aux tables).

Il reste à déterminer si le fait de ne pas se soumettre à l'obligation vaccinale ou de refuser de présenter le pass sanitaire lorsqu'il est exigé peut être assimilé à un refus d'obéir à une contrainte hiérarchique menaçant la sécurité ou bien à une attitude de nature à perturber le bon fonctionnement du service, seuls susceptibles de justifier légalement une entrave aux missions des représentants syndicaux.



III. Les agents publics porteurs d'un mandat syndical sont-ils soumis au « pass sanitaire » et à l'obligation vaccinale ?

Il convient en premier lieu de déterminer si les représentants du personnel relevant de fonction publique doivent présenter leur statut vaccinal lorsqu'ils exercent leur mandat dans les établissements où les personnels sont soumis à ces obligations, c'est-à-dire quand ils se rendent dans les locaux syndicaux, aux réunions syndicales, aux réunions du CTE et du CHSCT, quand ils distribuent des tracts ou collectent les cotisations syndicales, etc.).

La loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire et ses décrets d'application a prévu, notamment, d'instaurer un pass sanitaire pour accéder à de nombreux lieux de loisirs ainsi qu'aux établissements de santé, ainsi qu'une obligation vaccinale pour certains agents publics, sous peine de mesures de suspension de salaire pour les personnels qui ne respecteraient pas ces contraintes sanitaires.

Dans sa décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021 sur la loi relative à la gestion de la crise sanitaire, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur l'obligation vaccinale des agents publics. Interrogé sur la conformité à la Constitution des dispositions subordonnant l'accès à certains lieux, établissements, services ou événements à la présentation d'un « pass sanitaire », le Conseil constitutionnel a retenu que :

« 37. Ces dispositions, qui sont susceptibles de limiter l'accès à certains lieux, portent atteinte à la liberté d'aller et de venir et, en ce qu'elles sont de nature à restreindre la liberté de se réunir, au droit d'expression collective des idées et des opinions.

[...]

40. En troisième lieu, les mesures contestées peuvent s'appliquer dans certains lieux, établissements, services ou événements où sont exercées des activités de loisirs, de restauration commerciale ou de débit de boissons. Elles peuvent également s'appliquer à des foires, séminaires et salons professionnels, à des services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, aux déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux ainsi qu'à certains grands magasins et centres commerciaux.

41. [...] en prévoyant l'application de ces mêmes mesures aux services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux ainsi qu'aux activités de loisirs, de restauration ou de débit de boissons à l'exception de la restauration collective, de la vente à emporter de plats préparés et de la restauration professionnelle routière et ferroviaire, le législateur a circonscrit leur application à des lieux dans lesquels l'activité exercée présente, par sa nature même, un risque particulier de diffusion du virus.

42. D'autre part, le législateur a entouré de plusieurs garanties l'application de ces mesures. S'agissant de leur application aux services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, le législateur a réservé l'exigence de présentation d'un « pass sanitaire » aux seules personnes accompagnant ou rendant visite aux personnes accueillies dans ces services et établissements, ainsi qu'à celles qui y sont accueillies pour des soins programmés. Ainsi, cette mesure, qui s'applique sous réserve des cas d'urgence, n'a pas pour effet de limiter l'accès aux soins. [...] En outre, comme le Conseil constitutionnel l'a jugé dans sa décision du 31 mai 2021 mentionnée ci-dessus, la notion « d'activité de loisirs » exclut notamment une activité politique, syndicale ou culturelle.

43. Enfin, ainsi qu'il a été dit précédemment, les mesures réglementaires prises sur le fondement des dispositions contestées ne peuvent, sous le contrôle du juge, l'être que dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19. Elles doivent être strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires. »

Dans sa précédente décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021 sur la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, le Conseil constitutionnel a considéré que « la notion d'activité de loisirs, qui exclut notamment une activité politique, syndicale ou culturelle, n'est ni imprécise ni ambiguë » (point 18).

L'article 1er de la loi du 5 août 2021 a initialement prévu de manière explicite que la présentation du pass sanitaire était requise s'agissant de l'accès à certains lieux, établissements, services ou événements où sont exercées, notamment, les activités de loisirs (point II-A, 2°, a). Depuis l'entrée en vigueur du « pass vaccinal » avec la loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique, les agents concernés doivent dorénavant justifier d'un schéma vaccinal complet, d'un certificat de rétablissement ou de contre-indication à la vaccination pour y accéder.

Dès lors, en insistant sur la circonstance que la notion « d'activité de loisirs » excluait l'activité syndicale, il semble plus que vraisemblable que le Conseil constitutionnel ait émis une réserve sur la constitutionnalité des dispositions législatives relatives au pass sanitaire et vaccinal : les personnes qui se rendraient dans un lieu où s'exerce une activité syndicale, qu'elles soient ou non titulaires d'un mandat et peu importe si l'établissement en cause est soumis au pass sanitaire, ne seraient pas soumises à cette contrainte.



En outre, l'article 1-2-d de la loi du 5 août 2021 ne paraît pas pouvoir être opposé à l'agent titulaire d'un mandat syndical puisqu'il exerce ses mandats et les heures de délégation afférentes dans un autre but que celui d'accompagner ou de rendre visite aux personnes accueillies, ou s'y rendre pour des soins programmés.

Néanmoins, indépendamment des dispositions de la loi relative à la gestion de la crise sanitaire, il ne peut être exclu que le chef d'établissement puisse, au titre de ses pouvoirs de police et en application des articles L.4121-1 et L.4121-2 du Code du travail édictant une obligation de santé et de sécurité de moyen renforcée pesant sur l'employeur (par exception applicables aux établissements publics) pour exiger la présentation du pass sanitaire. Dans ce cadre, à conditions de démontrer que les circonstances l'imposent, la direction pourrait justifier l'imposition du pass sanitaire sans exception comme étant nécessaire au bon fonctionnement du service ainsi qu'à la nécessité de garantir la sécurité sanitaire des autres agents et des patients accueillis (chaque situation sera appréciée, en cas de recours, par la juridiction saisie, en fonction des circonstances de chaque affaire et de la proportion de la mesure par rapport aux risques que ferait courir la présence, au sein de l'établissement, de personnes non soumises au pass sanitaire).

Enfin, la question de l'obligation de justifier de leur statut vaccinal à l'occasion des congrès syndicaux se pose de manière très concrète en cette année de renouvellement des instances représentatives du personnel – de la même façon qu'elle se pose pour les meetings politiques.

S'agissant plus particulièrement de l'accès aux lieux dans lesquels se tiennent les élections professionnelles, le parallèle avec le raisonnement relatif aux meetings politiques semble s'imposer pour justifier l'absence de contrôle du statut vaccinal des participants.

En effet, on rappellera que les activités politiques, syndicales et culturelles ont été pareillement distinguées par le Conseil constitutionnel dans les trois décisions portant sur les lois relatives à la gestion de la crise sanitaires (Décisions n° 2021-819 DC du 31 mai 2021 sur la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire - n° 2021-824 DC du 5 août 2021 sur la loi relative à la gestion de la crise sanitaire – n° 2022-835 DC du 21 janvier 2022 sur la loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique).

Dans sa plus récente décision, le Conseil a censuré les dispositions législatives permettant de subordonner l'accès à une réunion politique à la présentation d'un « passe sanitaire » :

« 69. Il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et libertés constitutionnellement garantis. Parmi ces droits et libertés figurent le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 2 de la Déclaration de 1789, ainsi que le droit d'expression collective des idées et des opinions résultant de l'article 11 de cette déclaration.

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

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

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

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

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

À l'évidence, le même raisonnement pourrait être tenu en ce qui concerne l'accès aux congrès et aux élections professionnelles qui s'annoncent en 2022.

En toute hypothèse, l'impossibilité pour des représentants syndicaux d'assister aux réunions de leur syndicat, de mener campagnes dans leurs établissements pour les élections professionnelles à venir, mais aussi de prendre les transports publics pour s'y rendre, pourraient conduire à l'engagement de procédures contentieuses en vue de faire invalider les élections...

Les décisions des juges du Palais Royal étant pour le moins imprévisibles en cette période de crise sanitaire, on ne peut qu'espérer qu'en cas de litige, toute entrave à la liberté syndicale due à l'interdiction faite aux intéressés de prendre part à des élections professionnelles ou à des réunions syndicales sera censurée.



En second lieu, la question se pose de savoir si les agents publics titulaires d'un mandat syndical et d'une décharge partielle ou totale d'activité peuvent légalement être suspendus de leurs fonctions et privés de leur rémunération et droit à l'avancement à défaut de justifier de leur statut vaccinal.

Il paraissait évident que la réserve posée par le Conseil constitutionnel à propos du pass sanitaire avait vocation à s'appliquer à l'obligation vaccinale.

Certes, rien ne semblait a priori permettre de soustraire à l'obligation vaccinale un agent qui exerce une activité syndicale périodiquement, dès lors qu'il doit être en service le reste du temps.

En revanche, dans l'hypothèse où l'agent est mis à disposition d'une organisation syndicale à temps plein, il ne se trouve alors plus en présence des patients puisqu'il n'a plus vocation à être en service dans son établissement de rattachement (l'article 19 du décret n°86-660 du 19 mars 1986 relatif à l'exercice du droit syndical permet que les agents soit mis à disposition « pour une quotité comprise entre 20 % et 100 % »).

Sans doute, en application de l'article 97 de la loi du 9 janvier 1986, les agents qui bénéficient d'une décharge d'activité de service pour l'exercice d'un mandat syndical sont réputés être en position d'activité.

Mais l'article 12 de la loi du 5 août 2021 dispose que l'obligation vaccinale s'impose (sauf contre-indication) aux « personnes exerçant leur activité dans » les établissements énumérés, et non pas aux agents qui sont en position d'activité. On en veut pour preuve la possibilité laissée aux agents de solliciter un congé pour retarder une suspension pour défaut de présentation des justificatifs liés au parcours vaccinal.

Dans ces conditions, il semble que le chef d'établissement ne devrait pas pouvoir exiger la présentation des justificatifs requis pour le schéma vaccinal de la part d'un agent porteur d'un mandat syndical en décharge totale qui n'exerce pas son activité professionnelle dans cet établissement et qui, de ce fait, n'a pas vocation à être en contact avec le public (patients et visiteurs).

On rappellera, en effet, que l'obligation vaccinale doit être « strictement proportionn[ée] aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu ».

On voit mal, dès lors, dans quelle mesure un agent qui n'est plus en service et qui se rend dans l'établissement uniquement dans le cadre de son activité syndicale, à savoir en dehors de la présence du public, pourrait constituer un risque, dès lors qu'il prendrait soin de respecter les gestes barrières et les mesures sanitaires en vigueur dans tous les établissements dans lesquels le personnel est soumis à l'obligation vaccinale.

La menace potentielle que constituerait la présence d'agents non vaccinés dans les locaux des établissements concernés est d'autant moins crédible que les soignants positifs au COVID-19 bien que vaccinés sont dorénavant invités à reprendre sans délai leur service...

Se pose alors la question de la possibilité pour l'employeur de revenir sur le principe de la décharge syndicale ou pour le préfet de réquisitionner les agents porteurs de mandats syndicaux bénéficiant de décharges totales.

À cet égard, si la mise à disposition est accordée sous réserve des nécessités du service (article 21 du décret du 19 mars 1986), elle ne peut prendre fin de manière prématurée qu'à la demande de l'organisation syndicale ou du fonctionnaire (article 26 du même décret).

La possibilité pour le chef d'établissement, voire pour le préfet dans le cadre de réquisition, semble par conséquent exclue.

Enfin, la circonstance que l'agent porteur du mandat et mis à disposition à temps plein continue d'être rémunéré par son établissement ne devrait pas permettre à la direction de l'établissement de suspendre le traitement d'un agent porteur d'un mandat et d'une décharge syndicale équivalent à 100% dès lors que celui-ci ne justifierait pas des justificatifs requis par l'article 14 de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.

En somme, donc, le chef d'établissement ne devrait pas être en mesure d'empêcher l'agent porteur d'un mandat syndical en décharge totale de se rendre au local syndical et à toutes réunions en lien avec son mandat, ce qui implique de lui permettre l'accès à son établissement dans le cadre de l'exercice de son mandat syndical sans exiger la preuve de la satisfaction du schéma vaccinal.

Le juge judiciaire a eu l'occasion de juger que l'absence de possibilité de communication pour un délégué syndical avec les salariés présents dans l'établissement était disproportionnée au but recherché et légitime de protection sanitaire de l'ensemble des salariés et constitue un trouble manifestement illicite, dès lors que la liberté de circulation était exercée dans un respect strict des conditions sanitaires (Tribunal judiciaire de Saint-Nazaire, ord. 27 avril 2020, n° 20/00125).

Du côté des juridictions administratives, les solutions rendues jusqu'à présent sont, contre toute attente, largement défavorables aux représentants syndicaux.



IV. Les réticences du juge administratif à censurer les atteintes à la liberté syndicale en période de crise sanitaire

Tant la jurisprudence sociale que l'analyse de la loi du 5 août 2021 faite à l'occasion de son entrée en vigueur a justifié la contestation des mesures de suspension des personnels de santé titulaires de mandats syndicaux.

Les solutions retenues n'ont pas manqué de surprendre, mais surtout de réaliser à quel point la liberté syndicale était bafouée au prétexte d'une protection de la santé publique prédominante – alors même que les agents concernés n'avaient pas vocation à exercer leurs fonctions auprès des personnes vulnérables !

Les procédures d'urgence sont particulièrement adaptées pour contester les atteintes portées aux activités syndicales.

L'article 1er de la loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire prévoit d'ailleurs explicitement que « les mesures prises en application du présent article peuvent faire l'objet, devant le juge administratif, des recours présentés, instruits et jugés selon les procédures prévues aux articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative » (point V).

Le juge du référé liberté (article L. 521-2 du code de justice administrative) statue en principe dans les 48 heures (de même que le Conseil d'État en cas d'appel) alors qu'un délai de deux à trois semaines est nécessaire à l'instruction d'un référé suspension (article L. 521-1 du code de justice administrative).

Dès lors que la liberté syndicale constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, il est envisageable de saisir le juge du référé liberté en cas d'entrave à l'exercice de son mandat opposée à un agent public.

CE, ord., 28 mars 2006, commune de St-Chély-d'Apcher, n° 291399, T., p. 1017 : « la liberté syndicale a le caractère d'une liberté fondamentale et si elle a pour corollaire la libre constitution des syndicats selon la procédure prévue par la loi »

CE, ord. 31 mai 2007, Syndicat CFDT Interco 28, n° 298293, Lebon, p. 222 : « la liberté syndicale présente le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ».

CE, 9 juillet 2007, n° 307046 : caractère manifestement illégal du refus d'une commune d'envisager d'examiner la demande d'attribution d'un local que dans le cadre de la future construction de nouveaux bâtiments (absence de difficultés à satisfaire la demande syndicale, fut-ce par la location d'un local provisoire : « l'injonction faite à la commune de mettre un local à la disposition du syndicat dans le délai d'un mois constituait la seule mesure propre à sauvegarder la liberté syndicale à laquelle il était ainsi porté atteinte »)

CE, ord. 5 février 2016, n° 396431, mentionné aux tables : porte atteinte à la liberté syndicale la suspension des mandats représentatifs et syndicaux d'un agent public ainsi que l'interdiction d'accéder aux locaux professionnels, au motif que cet agent serait suspendu à titre conservatoire (ce qui n'est pas une sanction disciplinaire) puis par son exclusion temporaire de fonctions.

En revanche, dans l'hypothèse d'une suspension de fonction d'un agent public titulaire d'un mandat syndical au motif qu'il ne présenterait pas les justificatifs du parcours vaccinal, indépendamment de la problématique de l'accès à l'établissement ou de l'empêchement d'exercer son mandat, il est à craindre que le juge des référés considère que la condition relative à l'urgence au sens du référé liberté ne soit pas remplie.

Le cas échéant, il sera possible de saisir ce même juge sur le fondement du référé suspension de l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

En dépit de ce qui précède et des réserves posées par le Conseil constitutionnel, l'objectif de protection de la santé publique prime le plus souvent sur la liberté syndicale dans les décisions récemment rendues par les juridictions administratives.

C'est en tout état de cause la position retenue dès le début de l'automne 2021 par les juges des référés de plusieurs tribunaux administratifs saisis par des agents suspendus de leurs fonctions et privés de rémunérations alors même qu'ils n'exerçaient plus leur activité de soignants puisqu'ils étaient en situation de décharge totale d'activité (TA Poitiers, ordonnance, 24 septembre 2021, n° 2102419 ; TA Châlons-en-Champagne, ordonnance, 5 octobre 2021, n° 2102174 ; TA Bordeaux, ord. de tri du 29 septembre 2021, n° 2104958 et n° 2104957).



Le raisonnement retenu par ces juges des référés repose sur le fait que les agents concernés étaient amenés, pour l'exercice de leur activité syndicale, à fréquenter habituellement d'autres agents de leurs établissements, multipliant ainsi le risque de propagation de l'épidémie parmi le personnel hospitalier, lui-même potentiellement en contact avec les patients.

La circonstance que la présence de ces représentants syndicaux dans le service est uniquement ponctuelle et que les personnels soignants côtoient quotidiennement des personnes non vaccinées en dehors de leur service, a été délibérément ignorée dans l'appréciation de la proportionnalité de la contrainte qui leur a été imposée.

C'est également le raisonnement retenu par le juge du référé liberté du Conseil d'État, saisi en appel de l'ordonnance précitée du 24 septembre 2021 rendue par le TA de Poitiers :

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

5. D'autre part, il résulte de l'instruction devant le juge des référés du tribunal administratif que si M. A..., aide-soignant au sein du centre hospitalier d'Angoulême, bénéficie, pour l'année 2021, d'une décharge totale d'activité de service pour raison syndicale, il exerce toutefois son activité syndicale dans l'enceinte de cet établissement hospitalier où est situé le local syndical. Il est ainsi conduit à accompagner d'autres agents lors d'entretiens avec la direction de l'hôpital ainsi qu'à animer des réunions ou distribuer des tracts dans les locaux de l'établissement. Il s'ensuit qu'il entre dans le champ de l'obligation vaccinale prévue par les dispositions du 1° du I de l'article 12 de la loi du 5 août 2021, citées au point 3, sans pouvoir être regardé comme se bornant à exercer une tâche ponctuelle au sens du III du même article. Dès lors, la décision contestée du 13 septembre 2021 par laquelle le directeur du centre hospitalier d'Angoulême, sur le fondement du III de l'article 14 de la loi du 5 août 2021, cité au point 3, l'a suspendu de ses fonctions jusqu'à la présentation d'un justificatif de vaccination ou de contre-indication à la vaccination ne porte pas d'atteinte grave et manifestement illégale à la liberté syndicale. M. A... n'est par suite pas fondé soutenir que c'est à tort que par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Poitiers a rejeté sa demande ».

Il est particulièrement choquant que le Conseil d'État ait rendu son ordonnance plus de trois semaines après que l'appel a été interjeté, et ce sans même permettre à l'agent de se défendre ni d'exposer ses arguments à l'occasion d'une audience contradictoire. En effet, c'est par une ordonnance de tri, rendue sur le fondement de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, que la Haute juridiction a rejeté la requête de ce représentant syndical (CE, ord. 20 octobre 2021, n° 457101).

Par la suite, les juges des référés des tribunaux administratifs de Strasbourg (ord. du 15 décembre 2021, n° 2108223) et de Melun (ord. de tri du 12 janvier 2022, n° 2200267) ont également rejeté les requêtes déposées par des représentants syndicaux pourtant placés en décharge totale d'activité pour exercer leurs missions syndicales. Le juge des référés de Strasbourg a, par ailleurs, refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité remettant en cause la conformité de la mesure de suspension d'un représentant syndical sur le fondement des articles 12 et suivants de la loi du 5 août 2021.

Pourtant, à l'instar des agents dont les requêtes ont été rejetées par plusieurs ordonnances de tri, sans débat contradictoire, par le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux le 29 septembre 2021 (n° 2104958 et n° 2104957), ces agents n'avaient pas du tout vocation à rencontrer des patients et, s'agissant de leurs collègues, uniquement de manière tout à fait ponctuelle. Pour certains, leur lieu d'exercice syndical est d'ailleurs situé à plusieurs dizaines de kilomètres de l'établissement de santé dont ils dépendent – ce dont la juridiction n'a aucunement tenu compte, non plus d'ailleurs que de la perte des crédits de temps syndical pourtant dus aux syndicats par les établissements de santé et médico-sociaux...

À la connaissance des auteurs, à ce jour, seul le juge des référés du Tribunal administratif de Nancy, par une ordonnance remarquée, a fait droit à la requête d'un représentant syndical suspendu de ses fonctions et privé de sa rémunération. Plus précisément, à l'occasion du recours d'une aide-soignante déchargée de ses fonctions à 100 % pour être responsable syndicale, le juge des référés a considéré qu'elle n'exerçait pas une activité d'aide-soignante et qu'elle n'entraînait donc pas dans le champ de l'obligation de vaccination au sens des dispositions prévues par le législateur (TA Nancy, ord. 5 novembre 2021, n° 2103110).

Plusieurs pourvois en cassation sont actuellement pendant devant le Conseil d'État contre les ordonnances de tri rendues, notamment, par le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux.

Au vu de l'évolution de la situation sanitaire, du fait que la prise de poste soit désormais requise pour les personnels soignants vaccinés positifs au COVID-19 (dès lors qu'ils sont asymptomatiques), mais aussi de la confirmation par le Conseil constitutionnel du caractère dérogoatoire de l'activité syndicale au regard de l'exigence du « pass vaccinal », on peut légitimement espérer que le Conseil d'État revoie sa copie et garantisse à la liberté syndicale la protection qui s'impose.

Enfin, dans la perspective des élections professionnelles qui s'annoncent au mois de décembre 2022 et des congrès syndicaux projetés dans les mois à venir, il s'agit de rester vigilants : en cas de difficulté pour les agents publics et les représentants du personnel de s'informer, de faire campagne et de se rendre sur les lieux de vote, les administrations concernées s'exposent à de nouvelles procédures contentieuses.



*Alexandra Zakharova Oza,
Professeur à l'Université
Sorbonne Nouvelle, Paris 3*

TOUT LE MONDE

*peut devenir créatif :
la créativité est
comme un sport.*

Au début, c'est compliqué à pratiquer. Plus on pratique, plus on avance. Si vous voulez être flexible et faire un grand écart, vous commencez par des petits pas jusqu'au moment où vous avez de la flexibilité. Si vous vous arrêtez pour longtemps, vous commencez à perdre votre flexibilité. Avec la créativité, c'est pareil. Il faut utiliser sa créativité comme un muscle. Utilisez les situations quotidiennes au travail pour sortir de votre zone de confort.

La créativité s'apprend dans les détails et dans les techniques quotidiennes. Il faut former des habitudes créatives. La plupart de mes idées créatives, j'ai pu les imaginer lors de méditations. La méditation aux quotidiens ouvre plusieurs portes vers la créativité, la productivité et le bien-être. Mais comme la créativité, elle devient plus efficace plus on médite fréquemment (1). Daniel Goleman et Richard Davidson dans le livre collaboratif "The Science of Meditation" analysent les différentes pratiques de méditations et scannent les cerveaux des personnes qui ont médité pendant plusieurs dizaines d'années. Ils prouvent que la méditation peut modifier la structure et la réactivité de certaines parties du cerveau. Cependant, les différents types de méditation donnent des effets bienfaits très variés. Et pour vraiment avoir utilité, il faut pratiquer tous les jours pendant plusieurs années. J'ai appris la technique de méditation transcendante en 2014. Aujourd'hui si j'avais un choix je voudrais bien commencer avec la méditation Vipassana. Tout simplement parce qu'il y a plus de recherche scientifique solide sur ce type de méditation. La méditation Vipassana signifie voir les choses telles qu'elles sont réellement, est l'une des techniques de méditation les plus anciennes de l'Inde.

De plus, une solution de plus en plus populaire dans les entreprises est la méditation de pleine conscience. Google, Intel, Goldman Sachs et Aetna font partie des nombreuses entreprises de premier plan qui ont introduit la méditation et d'autres pratiques de pleine conscience à leurs employés (2). Les dirigeants de ces entreprises et d'autres affirment que la méditation n'est pas seulement utile en tant qu'outil de réduction du stress, mais peut également améliorer la créativité, ouvrant des portes là où il ne semblait y avoir qu'un mur. La recherche montre que la méditation de pleine conscience peut avoir de nombreux effets positifs sur les résultats en milieu de travail. Le faire régulièrement renforce votre résilience, vous permettant d'atténuer le stress, de réguler les émotions et d'avoir une attitude plus positive afin de pouvoir rebondir après des coups durs. Elle vous aide à développer la capacité de désactiver les réponses réactives de combat ou de fuite et de vous engager dans un mode plus réfléchi qui est crucial pour prendre des décisions équilibrées.(3)



De nombreuses études suggèrent que des indices subtils dans notre environnement physique de travail influencent de manière significative la production créative. Le psychologue Lemin a proposé en 1943 que le comportement est « une fonction à la fois de la personne ainsi que de l'environnement physique dans lequel elle se trouve ». Les facteurs suivants peuvent influencer : lumière, bruit, température, couleurs. Personnellement, je ne peux écrire mon livre que dans les coffeeshops de Paris. Je suis incapable d'écrire chez moi. J'ai besoin d'un bruit de fond, de lumière chaude, et d'un espace que je ne connais pas par cœur.

Bien sûr, l'environnement n'est pas le seul facteur, l'ambiance dans les entreprises ou dans les institutions a un rôle crucial. Teresa Amabile a constaté dans ses recherches que les facteurs suivants augmentent la créativité : les événements positifs qui génèrent des émotions positives, les perceptions favorables de l'environnement de travail, la forte motivation et un sentiment d'avancer sur quelque chose comptent. Les jours quand les 12 000 personnes interrogées avaient ces types de sentiments, ils étaient plus productifs et plus créatifs.

De plus, le rôle du manager est crucial pour rendre ses collaborateurs le plus créatif possible. Notre environnement impacte aussi notre créativité. Comme exemple, j'ai eu un changement de directeur de projet dans l'entreprise où je travaille actuellement. Notre nouveau directeur a commencé à contrôler toute l'équipe dans chacune de ses actions en faisant des réunions pour vérifier leurs avancements. Il a imposé à toutes les personnes sous sa direction de venir en présentiel malgré la crise sanitaire et il a demandé de lui donner des raisons précises si ils ont besoin de télétravail. Depuis son arrivée, j'ai aperçu une baisse énorme dans la productivité et la créativité de l'équipe. Pourquoi ?

C'était bien expliqué dans le travail de Teresa Amabile qui a fait des conclusions que les aspects suivants tuent la créativité :

- Évaluation attendue : sachant qu'un « juge » quelconque évaluera votre travail une fois terminé.
- Surveillance : être surveillé pendant que vous travaillez.
- Contrat contre récompense : faire quelque chose avec la promesse d'être payé ou récompensé pour votre création.
- Être contraint dans la façon de faire une tâche : se faire dire que vous devez créer d'une certaine manière.

Les projets les plus créatifs sont souvent réalisés sous la direction de superviseurs qui favorisent une communication claire et honnête, valorisent les contributions individuelles aux projets d'équipe et fixent des objectifs clairs. Et les soutiens organisationnels, tels que la libre circulation des idées au sein de l'organisation et les mécanismes de développement de nouvelles idées, étaient également importants pour une grande créativité.

En réalité, nous sommes plus créatifs quand nous sommes motivés par l'intérêt, le plaisir, la satisfaction et le défi personnel du travail lui-même, et non par des facteurs de motivation extrinsèques. Les crises peuvent toucher plusieurs facteurs de notre vie : économique, sociale, politique, mais notre créativité reste intouchable parce que c'est une source de bien-être résistant au changement de marché de travail.

1) "The Science of Meditation How to Change Your Brain, Mind and Body" by Daniel Goleman, Richard Davidson · 2017

2) Elinor Jansen, Five Big Companies Who Swear By Mindfulness, 17 août 2015.

3) Contemplating Mindfulness at Work: An Integrative Review, Darren J. Good, Christopher J. Lyddy, Theresa M. Glomb, First Published November 19, 2015



REMERCIEMENTS

2020 | 2021
84^e édition
INCLUS :
EN LIGNE

**Madame la Bâtonnière
Christine MAZE**

**Monsieur le Vice-Bâtonnier
Pierre FONROUGE**

**Les membres du Conseil de
l'Ordre de Bordeaux**

**Monsieur le Professeur
Christophe RADE**

**Madame Alexandra Zakharova
OZA**

Maître Bénédicte ROUSSEAU



DIEMENTS

2020 | 2021

84^e édition

Maître Sylvie **BOURDENS**

Maître Alma **BASIC**

Maître Hervé **MAIRE**

Maître Jérôme **DELAS**

Maître Arnaud **PILLOIX**

Maître Florian **BECAM**

Maître Jacques-Brice **MOMNOUGUI**

Papier & numérique

ACTIVITÉ PARTIELLE, SEUILS D'EFFECTIF
FORMATION PROFESSIONNELLE, APPRENTISSAGE
MESURES D'URGENCE LIÉES À LA CRISE SANITAIRE

PRIX DE LA

DALLOZ



ORDRE DES AVOCATS
BARREAU DE BORDEAUX

LA REVUE DES LIBERTES FONDAMENTALES

**PROCHAIN NUMERO :
1er AVRIL 2022**

**L'ETAT DE LA JUSTICE
EN FRANCE
EN 2022**



**ORDRE DES AVOCATS
BARREAU DE BORDEAUX**

