

L'obligation vaccinale au travail

Le Covid-19 reste malheureusement d'actualité, même si le nombre de décès qui lui sont liés sont à la baisse en cet été 2021. Un grand nombre de questions se sont déjà posées en lien avec cette situation particulière (voir notamment nos articles « Bref résumé des questions essentielles » et « RHT et licenciement : qu'en est-il ? »).

En cette année 2021 qui a vu, dans le tard de l'hiver, l'arrivée massive des doses vaccinales (plus de 8,5 millions de doses administrées au 20 juillet 2021 en Suisse), une question récurrente est celle de l'obligation de se vacciner, notamment dans le contexte d'un rapport de travail. En d'autres termes, l'employeur peut-il exiger que ses collaborateurs se fassent vacciner ? Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) répond : *« Ce n'est possible que s'il existe un risque de contamination concret relativement élevé pour les collaborateurs eux-mêmes ou pour des tiers (par ex. patients, clients, collègues de travail) en l'absence de vaccination et malgré l'application d'autres mesures de protection. La situation peut également varier en fonction du type de rapports de travail (relevant du droit privé ou public). Une pesée des intérêts doit être effectuée dans chaque cas. Il n'est toutefois pas possible d'obliger tout le personnel d'une entreprise à se faire vacciner. »* La réponse est pour le moins circonstanciée. Elle est influencée par l'art. 36 de la Constitution fédérale (Cst) qui thématise la restriction des droits fondamentaux en exigeant : 1) qu'elle soit fondée sur une base légale ; 2) qu'elle soit justifiée par un intérêt public ; 3) qu'elle soit proportionnée au but visé et en relevant enfin que 4) l'essence des droits fondamentaux est inviolable. Si la première, voire la deuxième, conditions paraissent pouvoir être réalisées – la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 fondant le Conseil fédéral à « déclarer obligatoires des vaccinations pour les groupes de population en danger, les personnes particulièrement exposées et les personnes exerçant certaines activités » -, il en va autrement des deux dernières. La proportionnalité va en effet être très difficile à être respectée, alors que moins de 1,5% des personnes atteintes du Covid en meurent et que dans 97% de ces cas de décès, ces personnes souffraient déjà d'une autre maladie. On constate également que la base légale évoquée parle de « groupes de population en danger », de « personnes particulièrement exposées » et de « personnes exerçant certaines activités ». Ce n'est ainsi pas la population dans son ensemble qui est visée. La quatrième condition pour restreindre un droit fondamental (l'inviolabilité de l'essence des droits fondamentaux) ne « pose pas une restriction de restriction à part entière » selon Dubey (CR Cst.-Dubey, art. 36 N 127). Cette notion reste ainsi assez floue. On peut tout de même prendre en considération les libertés constitutionnelles que sont la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst) - avec l'art. 28 CC en écho (protection de la personnalité contre des atteintes) - et la liberté économique (art. 27 Cst) et se poser la question de leur violation par l'instauration d'une obligation de vaccination. Se posent également les questions pertinentes de l'efficacité des vaccins, du fait que la personne vaccinée puisse tout de même transmettre le virus et des réels risques de contamination au travail, selon l'environnement et la densité de personnes présentes. L'obligation vaccinale dictée par l'employeur paraît donc extrêmement limitée.

L'employeur garde par contre toute liberté d'encourager ses employés à se faire vacciner. Il peut (et doit même) les libérer pendant les heures de travail pour ce faire.

Une question connexe est celle de l'employeur qui obligerait ses travailleurs à déclarer leur statut de vaccination contre le Covid-19. Cette question renvoie à celle de l'obligation vaccinale. Il faut que la restriction des droits fondamentaux ne soit pas réalisée de manière contraire aux prérequis exposés (art. 36 Cst). Ce qui équivaut à relever que dans la plupart des cas, l'employeur ne pourra pas poser cette question.

Vient enfin en écho la question d'un éventuel licenciement abusif en lien avec un refus d'un travailleur de se faire vacciner suite à injonction de son employeur. Là, aussi, à part les cas (ci-dessus évoqués) extrêmement circonscrits et par ailleurs difficiles à cerner où l'employeur serait malgré tout en mesure d'obliger le travailleur à se faire vacciner, le motif de licenciement ne pourrait être qu'abusif, car portant atteinte à la personnalité du travailleur (art. 336 al. 1 let. a CO) ou encore du fait de l'exercice par le même travailleur d'un droit constitutionnel (art. 336 al. 1 let. b CO).

Il est donc conseillé aux employeurs de faire preuve de prudence et de plutôt mettre l'accent sur les mesures de protection à prendre sur le lieu de travail (selon l'obligation qui lui est faite par l'art. 25 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière) en vue de protéger la santé des travailleurs (art. 6 LTr).