



Flash Info LDAJ

Fédération CGT Santé Action Sociale

L'exercice des mandats syndicaux au regard de la mise en place du passe sanitaire et de l'obligation vaccinale

L'article 1 de la LOI n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire a subordonné à un passe sanitaire l'accès à certains lieux et établissements jusqu'au 15 novembre 2021 et une obligation vaccinale. Toutefois, durant l'exercice des mandats syndicaux, le passe sanitaire ne peut avoir pour conséquence d'entraver les missions des représentants syndicaux dans le secteur privé et public. A noter qu'en l'absence de jurisprudence sur ces sujets récents, il est impossible de se prononcer avec certitude sur des litiges à venir.

Que doit comporter le passe sanitaire ?

Le passe sanitaire prévoit la présentation :

- soit du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la COVID 19,
- soit un justificatif de statut vaccinal concernant la COVID 19
- soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la COVID 19 .

Quels sont les établissements qui doivent demander un passe sanitaire ?

Jusqu'au 15 novembre 2021 inclus, le Premier ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19, **subordonner à la présentation du passe sanitaire l'accès à certains lieux, établissements, services ou événements où sont exercées les activités suivantes :**

- a) les activités de loisirs ;
- b) les activités de restauration commerciales ou de débit de boissons à l'exception de la restauration collective, de la vente à emporter de repas préparés et de la restauration professionnelle routière et ferroviaire ;
- c) les foires, séminaires et salons professionnels ;
- d) sauf cas d'urgence, les services et établissement de santé, sociaux et médico-sociaux pour les seules personnes accompagnant ou rendant visite aux personnes accueillies dans ces services et établissements ainsi que pour celles qui y sont accueillies pour des soins programmés (...) ;
- e) Les déplacements longue distance par transports publics interrégionaux (...) sauf cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention du justificatif requis ;
- f) Sur décision motivée du représentant de l'Etat dans le département, lorsque leurs caractéristiques et la gravité des risques de contamination le justifient, les grands magasins et centres commerciaux au-delà d'un seuil défini par décret, et dans des conditions garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité ainsi, le cas échéant, qu'aux moyens de transport.

Une liste détaillée figure à l'article 47-1 du Décret 2021-699 du 1er juin 2021.

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000043575238/2021-09-04/>

Cette réglementation est applicable au public et, depuis le 30 août 2021, aux personnes qui interviennent dans ces lieux, établissements, services ou événements lorsque la gravité des risques de contamination en lien avec l'exercice des activités qui y sont pratiquées le justifie, au regard de la densité de population observée ou prévue.

Rappel des textes et des normes en vigueur consacrant la liberté syndicale

Les principaux textes et décisions **consacrant la liberté syndicale** dans le secteur privé ou la fonction publique hospitalière sont :

- Préambule de la Constitution de 1946 en son 6^{ème}alinéa : « *Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix.* »
- Le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 20 juillet 1988 n°88-244 consacre la protection de l'exercice des fonctions syndicales
- Le Conseil Constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle de la liberté syndicale CC, 25 juillet 1989, n° 89-257
- La Convention OIT n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical
- L'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme qui inclut dans la liberté d'association, la liberté syndicale
- La CEDH dans sa décision du 06 février 1976 fait obligation aux états de permettre aux syndicats de défendre leurs membres
- L'article L. 2141-1 du code du travail pose le principe de la liberté d'adhérer à un syndicat.
- L'article L. 2131-1 du code du travail pose le principe de la liberté de constitution des syndicats
- Décret 86-660 du 19 mars 1986 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique hospitalière .

Rappel des sanctions déjà existantes en cas d'atteinte à la liberté syndicale dans le secteur privé

Deux types de sanctions majeures existent dans le secteur privé :

a) L'entrave : L'entrave est un délit pénal qui est constitué par le simple fait d'entraver ou de porter atteinte de quelque manière que ce soit par action ou par omission à la constitution d'une IRP, à ses prérogatives ou à son fonctionnement.

Le délit d'entrave à la liberté syndicale est puni par l'article **L. 2146-1 du code du travail** par une peine d'emprisonnement d'un an et une amende de 3750 euros.

Rappel de jurisprudences fondatrices sur l'entrave notamment aux déplacements des IRP/DS :

- L'opposition au libre déplacement ou à la sortie des délégués sans motif légitime constitue une entrave **CASS CRIM, 04 février 1986 n°84-95.402 Bull. Crim. n°46**
- La nécessité pour des délégués du personnel de faire signer des ordres de mission pour se déplacer à l'extérieur de l'entreprise durant le temps de travail, constitue une entrave **CASS CRIM, 05 mars 2013 n°11-83.984 Bull. Crim n°59**
- L'expulsion des locaux de l'entreprise d'un représentant du personnel, dont le contrat de travail est suspendu par une mise à pied, celle-ci ne suspendant pas le mandat constitue une entrave, **CASS CRIM, 11 septembre 2007 n°06-82.410 Bull. Crim n°199**
- L'obstacle fait aux représentants dans le cadre de leur mission de prendre contact avec les salariés à leur poste de travail constitue une entrave **CASS CRIM, 04 novembre 1981 n°81-90.919**

- Le refus de recevoir des IRP qui en ont fait régulièrement la demande constitue une entrave **CASS CRIM, 07 janvier 1981 n°79-94.255 Bull. Crim n°5**
- Le refus opposé à un délégué mis à pied d'assister comme représentant syndical à une séance du comité constitue une entrave **CASS CRIM, 13 février 1958 Gaz. Palais 1958 1 p. 426**

L'action pour délit d'entrave est déclenchée à la suite d'un procès-verbal de l'inspection du travail par lequel il constate l'infraction. Ce procès-verbal fait foi jusqu'à preuve contraire pour tout ce que l'inspecteur a relevé personnellement (article L.8113-7 du code du travail). **Il est conseillé à l'instance représentative d'adresser un courrier recommandé sous forme de plainte à l'inspection du travail faisant état de l'entrave.** En effet, par cette saisine préalable, l'inspecteur du travail ne pourra dans son procès-verbal se contenter de rapporter les allégations de la victime. Il devra procéder par lui-même à une enquête et à des constatations personnelles. Le PV est transmis au procureur de la République qui jugera de l'opportunité des poursuites.

Il est également possible de saisir directement le procureur de la République via une plainte de la victime ou d'un tiers ; de même que reste également ouverte la voie de la plainte directe avec constitution de partie civile devant le doyen des juges d'instruction (procédure plus lourde qui suppose cependant la consignation d'une somme par le plaignant correspondant a minima au montant de l'amende due en cas de constitution abusive). Bien entendu, tenant les dispositions de l'article L. 2132-3 du code du travail, les syndicats peuvent se constituer partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. Arrêt de principe : **CASS CRIM, 07 octobre 1959 Bull. Crim.**

b) La discrimination : La discrimination peut être invoquée en corollaire de l'entrave. Elle est sanctionnée par l'article L. 2141-5 du code du travail : « Il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesure de discipline et de rupture du contrat de travail. »

L'article L. 2141-5 du code du travail est à combiner avec l'article L. 1132-1 du code du travail qui rappelle la discrimination syndicale et qui pose un régime de preuve spécifique avec comme sanction la nullité de la mesure discriminatoire.

Maintien de la liberté syndicale en dépit de la loi du 05 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire et portant mise en place d'un passe sanitaire

Les textes et jurisprudences précédemment cités devraient continuer de s'appliquer durant la période actuelle en dépit de l'état d'urgence sanitaire et de la loi du 05 août 2021.

Durant le confinement, le Tribunal Judiciaire de Saint-Nazaire, saisi en référé sur le fondement de l'article 835 du code de procédure civile (relatif au trouble manifestement excessif), a jugé le 27 avril 2020 que la restriction d'accès et de circulation à un délégué syndical par un employeur dans l'entreprise en vertu de l'état d'urgence sanitaire constituait un trouble manifestement excessif: « *Concernant l'exercice du mandat de délégué syndical, la restriction d'accès et de circulation sur le site de Saint-Nazaire qui lui est opposée et, partant l'absence de possibilité de communication avec les salariés présents sur le site, est disproportionnée au but recherché et*

Donc, déjà à cette période de premier confinement et de circulation présumée très active du virus, **l'employeur ne pouvait pas au motif pris de l'urgence sanitaire et de la protection sanitaire des salariés, refuser l'accès et la circulation à un DS dans l'entreprise.**

Le passe sanitaire et les activités syndicales dans le secteur privé ou la fonction publique

Cette loi a fait l'objet d'une saisine par le conseil constitutionnel lequel, dans sa décision du 05 août 2021 dans son considérant 42, a rappelé que « **la notion d'activité de loisirs exclut notamment une activité politique, syndicale ou culturelle** » (Décision Conseil Constitutionnel n°2021-824 du 05 août 2021). Le Conseil Constitutionnel avait déjà statué ainsi dans une précédente décision du 31 mai 2021 (Décision Conseil Constitutionnel n°2021-824 du 31 mai 2021 – considérant 18).

Bien que l'article 1 de la loi du 05 août 2021 soit de rédaction ambiguë notamment sur la réglementation applicable à compter du 30 août 2021, la position du Conseil Constitutionnel réaffirmant que les activités de loisir excluent l'activité syndicale, laisserait à penser que l'exercice des activités syndicales (et donc l'accès à certains lieux, établissements, services ou événements y afférents) ne rentrerait pas dans le champ d'application des activités, listées dans l'article 1 II 2° de la loi du 05 août 2021.

Dans le document Internet du Ministère du Travail « *Questions /Réponses obligation de vaccination ou de détenir un pass sanitaire* » à jour au 31 août 2021, il est précisé que : « **le conseiller du salarié qui vient assister un salarié lors d'un entretien préalable n'est pas soumis au pass sanitaire, sa mission étant traitée comme une tâche « ponctuelle »**. (Dernière question du point III Conditions d'application dans les entreprises).

<https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/questions-reponses-par-theme/article/obligation-de-vaccination-ou-de-detener-un-pass-sanitaire-pour-certaines>

A défaut, de limitations posées par la loi, **il serait possible d'entendre toute activité syndicale en lien avec le mandat syndical de l'intéressé : les déplacements, les visites des salariés en entreprise, les réunions syndicales,...**

Donc, au vu de ces éléments, l'employeur privé ou public ne devrait pas être en droit d'exiger des représentants syndicaux, des élus au CSE ou DS, des représentants au CTE, CHSCT, CAP, CCP, les conditions du passe-sanitaire pour l'exercice de leur mandat.

Il doit également être noté que l'article 1 II F de la loi du 5 août 2021 dispose que « *Hors les cas prévus aux 1° et 2° du A du présent II, nul ne peut exiger d'une personne la présentation d'un résultat d'examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la COVID-19, d'un justificatif de statut vaccinal concernant la COVID-19 ou d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la COVID 19.*

Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende le fait d'exiger la présentation des documents mentionnés au premier alinéa du présent F pour l'accès à des lieux, établissements, services ou événements autres que ceux mentionnés au 2° du A du présent II ».

Donc, l'employeur qui exigerait la présentation d'un « passe sanitaire » en dehors des cas précédemment listés, serait passible de sanctions pénales outre l'emprisonnement.

Ainsi, on pourrait en déduire que les personnes qui se rendent dans un lieu ou s'exerce une activité syndicale, qu'elles soient ou non titulaires d'un mandat, ne seraient pas soumises au passe sanitaire.

En tout état de cause, 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.

On en déduit que les salariés du secteur privé et les agents publics qui travaillent dans des établissements de santé ou médico-sociaux dont l'accès soumis au passe sanitaire ne devraient pas être soumis à la contrainte du passe sanitaire dès lors qu'ils s'y rendent dans le cadre d'une activité syndicale.

Attention : Le passe sanitaire est à distinguer de l'obligation vaccinale (article 12 de la Loi du 05/08/2021) qui pèse sur certains salariés et certaines professions. Un salarié DS peut, indépendamment de son mandat, être soumis à l'obligation vaccinale tenant sa profession et/ou tenant l'établissement où il travaille, s'il remplit les conditions de l'article 12 de la Loi du 05/08/2021.

L'obligation vaccinale et les activités syndicales dans le secteur privé ou la fonction publique

Concernant l'obligation vaccinale pour certains salariés, **si un salarié ou un agent public exerce une activité ou un mandat syndical à temps partiel** sur des heures de délégation ou une décharge d'activité, et qu'il exerce son activité professionnelle le reste du temps dans son établissement, **rien ne semble permettre de le soustraire à l'obligation vaccinale au titre de son activité syndicale.**

En revanche, dans l'hypothèse où un salarié ou un agent public est mis à disposition d'une organisation syndicale à temps plein, il n'exerce plus réellement et physiquement son activité professionnelle dans son établissement. Ainsi, dans ce cas, **un employeur public ou privé ne devrait pas pouvoir exiger la présentation des justificatifs requis pour le schéma vaccinal ni le suspendre sur ce motif**, car il 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 proportionnée aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu* ». On voit mal, dès lors, dans quelle mesure le fait de se rendre 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 prend 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.

Quel comportement tenir en cas d'exigence de la part de l'employeur d'un passe sanitaire pour l'exercice de son activité syndicale ?

- Si l'UD, l'UL, l'USD,... a établi un mandat écrit type (Cf. formulaire type - annexe) rappelant que le titulaire du mandat n'est pas soumis à passe sanitaire tenant notamment la décision du conseil constitutionnel et les sanctions sur le délit d'entrave et sur la demande de présentation d'un passe sanitaire en dehors des cas de la loi du 05/08/2021, présenter copie de celui-ci à l'employeur en lui rappelant les sanctions encourues tant pénales que civiles.

- Dans le secteur privé, établir un courrier recommandé avec accusé de réception à destination de l'employeur dénonçant l'atteinte à la liberté syndicale injustifiée avec rappel de la décision du conseil constitutionnel du 05/08/2021 considérant 42, l'article 1 II F de la loi du 05/08/2021 (sur les sanctions encourues pour demande abusive d'un passe sanitaire en dehors du cadre strict des cas énumérés par la loi), l'article L. 2146-1 du code du travail (sur les sanctions de l'entrave), les articles L. 2145-1 et L. 1132-1 du code du travail (sur la discrimination) avec mention de saisine de l'inspection du travail d'une plainte pour entrave et en cas de persistance de l'employeur dans l'atteinte aux activités syndicales, menace de saisine du tribunal judiciaire en référé sur le trouble manifestement illicite et menace en outre de saisir le conseil de prud'hommes en vue de réclamer des dommages intérêts pour discrimination et pour le préjudice moral subi.
- Saisir effectivement l'inspection du travail d'une plainte écrite ; inspection du travail qui procédera à une enquête et à la rédaction d'un éventuel PV transmis au procureur de la République. L'inspecteur du travail peut également se contenter d'envoyer un courrier de rappel à l'ordre à l'employeur en vue de régler à l'amiable le litige. A défaut, restera toujours possible, la saisine du procureur de la République via une plainte qui lui sera adressée directement ou encore la saisine du doyen des juges d'instruction via une plainte avec constitution de partie civile.
- Par la suite, il sera également toujours possible, dans le secteur privé, de saisir le conseil de prud'hommes sur une éventuelle discrimination et sur le préjudice moral subi.

Cf. annexe : exemple de mandat pour ne pas être soumis au passe sanitaire

Les actions contentieuses envisageables en cas d'atteinte à la liberté syndicale dans le secteur public

Dans le cas d'atteinte à la liberté syndicale dans la fonction publique, que la jurisprudence administrative reconnaît comme une liberté fondamentale, il est possible d'engager des actions juridiques en référé.

L'article 1^{er} de la loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire prévoit 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).

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**.

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).

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, 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**.

Dans tous les cas, il importera de soutenir, notamment, que :

- les dispositions législatives et réglementaires relatives au passe sanitaire et à l'obligation vaccinale ne sont pas opposables aux agents titulaires de mandats syndicaux dans l'exercice de leur mandat (cas de la décharge totale pour l'obligation vaccinale)
- l'entrave à l'accès aux établissements et les mesures de suspension de traitement sont disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi de protection de la santé publique (activités syndicales nécessairement en dehors de la présence du public et mesures barrières respectées ; quasi impossibilité d'exercer une activité rémunérée en cumul d'un emploi public sans l'accord de la direction...)

© Le secteur LDAJ de la Fédération CGT Santé Action Sociale - www.sante.cgt.fr - Septembre 2021

Annexe

Modèle d'attestation de mandat syndical pour ne pas être soumis au passe sanitaire

Logo + adresse et coordonnées de l'organisation syndicale

Date XXXXXX

ATTESTATION DE MANDAT

(CE d'un syndicat/USD/UL/UD, CSE, DS, CTE, CHSCT, CAP,CCP,...)

Nous certifions (*dénomination précise de l'organisation syndicale*), conformément à nos statuts et à la décision n°2021-824 du Conseil Constitutionnel du 05 août 2021 en son considérant 42, que :

Monsieur/ Madame : (*nom prénom date de naissance*)

exerçant le mandat de : (*mandat exercé au sein de l'UD, l'UL etc..*)

n'est, tenant son activité syndicale, soumis à aucun passe sanitaire au sens de l'article 1 II de la loi n°2021-1040 du 05 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.

Pour rappel, le deuxième alinéa F du II de l'article 1 de la Loi 2021-1040 prévoit qu'est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende le fait d'exiger la présentation des documents du passe sanitaire mentionnés au premier alinéa du présent F pour l'accès à des lieux, établissements, services ou évènements autres que ceux mentionnés.

Pour faire valoir ce que de droit.

Date

Dénomination du Syndicat, USD, UD, UL etc...

Nom de son représentant et signature