

Tribunal fédéral – 8C_351/2022 (destiné à la publication)

IV^e Cour de droit public

Arrêt du 22 février 2023 (f)

Résumé et commentaire

Proposition de citation :

Suat Ayan, Obligation vaccinale des militaires professionnels ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_351/2022, Newsletter DroitDuTravail.ch août 2023

Newsletter août 2023

Fonction publique, licenciement, obligation vaccinale, militaire, droits fondamentaux

Art. 9, 10 et 36 Cst. ; 8 et 15 CEDH ; 10, 19, 20 et 34b LPers

unine
Université de Neuchâtel
Centre d'étude
des relations de travail



Obligation vaccinale des militaires professionnels ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_351/2022

Suat Ayan, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

Cet arrêt destiné à publication traite du cas d'un collaborateur auprès du Commandement des forces spéciales de l'armée, licencié de façon ordinaire suite à son refus de vaccination contre le COVID-19. Cet arrêt constitue l'arrêt de principe rendu dans une série de quatre arrêts (les trois autres arrêts étant les 8C_327/2022, 8C_340/2022, 8C_362/2022) traitant des cas de quatre collaborateurs de la même section licenciés dans des circonstances similaires.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

T. travaillait depuis le 1er octobre 2013 en qualité d'opérateur auprès du Détachement de reconnaissance de l'armée 10 (ci-après : DRA10) du Commandement des forces spéciales.

Le 1^{er} juin 2021, le médecin en chef de l'armée a fait savoir que la vaccination contre le Covid-19 faisait désormais partie, avec effet immédiat, de la liste des vaccins obligatoires pour le personnel militaire des forces spéciales : le chef de section a relayé cette information (pré-annoncée aux collaborateurs en avril et mai 2021) à T. le 3 juin 2021. Par courriel du 7 juin 2021, T. a déclaré qu'il ne souhaitait pas se faire vacciner contre le Covid-19. Le 18 juin 2021, le Commandant du DRA10 lui a exposé les bases légales d'une vaccination contre le Covid-19 et lui a transmis l'évaluation du médecin en chef de l'armée sur les risques liés à une telle vaccination, précisant que celle-ci n'était qu'un élément supplémentaire au concept de vaccination global s'appliquant au personnel militaire des forces spéciales.

Le 28 juin 2021, le Commandant du DRA10 a expliqué à T., lors d'un entretien, qu'en raison des engagements possibles en Suisse et à l'étranger, une protection vaccinale complète contre le Covid-19 était nécessaire pour assurer la disponibilité opérationnelle médicale du personnel des forces spéciales. Il lui a rappelé les bases légales de l'intégration du vaccin contre le Covid-

19 dans le concept de vaccination global et a précisé que l'évaluation des risques effectuée par le médecin en chef de l'armée indiquait un très bon effet protecteur.

T. a maintenu son refus de se faire vacciner et indiqué qu'il serait prêt à revoir son avis dans un délai d'une année en fonction de l'évolution de la situation. Il a demandé qu'une solution alternative à la vaccination fût mise en place temporairement jusqu'à la fin de la crise contre le Covid-19 et la révision de l'obligation vaccinale. Il a justifié sa position en disant ne pas comprendre que le vaccin contre le Covid-19 fût intégré aussi rapidement au plan de vaccination.

Le 29 juillet 2021, T. a manifesté par écrit son refus définitif de se faire vacciner contre le Covid-19. Le jour même, l'employeur lui a remis en main propre un avertissement exposant que l'absence de protection vaccinale complète compromettait sa disponibilité opérationnelle immédiate pour des engagements à court terme et pour des activités à l'étranger et qu'elle constituait une violation de ses obligations légales et contractuelles. T. était dès lors sommé de prendre rendez-vous d'ici au 6 août 2021 pour se faire vacciner, la première injection devant intervenir avant le 31 août 2021, à défaut de quoi il s'exposait à des mesures pouvant aller jusqu'au licenciement.

Le 2 septembre 2021, l'employeur a remis en main propre à l'employé un projet de décision de résiliation ordinaire des rapports de travail, au motif que celui-ci avait violé ses obligations légales et contractuelles en n'assurant pas sa disponibilité opérationnelle immédiate dans le délai fixé par avertissement du 29 juillet 2021, de sorte qu'il n'était plus possible de l'occuper à la fonction prévue dans son contrat. Dans la mesure où T. n'avait pas la formation et le statut de militaire de carrière et où il n'existait aucun poste de militaire de carrière spécialiste, il n'était pas possible de maintenir son emploi dans une autre fonction, de sorte que la résiliation des rapports de travail était la seule option. Un délai au 20 septembre 2021 lui était fixé pour exercer son droit d'être entendu. T. ne s'est pas déterminé dans le délai imparti.

Par décision du 27 septembre 2021, le Commandement des opérations a résilié les rapports de travail de T. avec effet au 31 janvier 2022 au motif que, nonobstant des entretiens personnels et un avertissement, celui-ci n'avait pas saisi les occasions qui lui avaient été données de se soumettre au concept de vaccination établi par le médecin en chef de l'armée; il avait ainsi violé des obligations légales et contractuelles importantes puisqu'il ne pouvait plus être engagé conformément à son contrat de travail. Il était précisé que le concept de vaccination se justifiait en raison des restrictions d'entrée adoptées à l'étranger et du contexte sanitaire.

Le collaborateur a fait recours auprès du Tribunal administratif fédéral, qui a rejeté son recours par arrêt du 26 avril 2022. Il a ensuite fait recours auprès du Tribunal fédéral. Le Commandement des opérations a conclu au rejet du recours.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral commence par rappeler les normes et principes applicables au cas d'espèce (consid. 3.1 à 3.4). Outre la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) et l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers), il cite différentes dispositions de la loi sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) et d'ordonnances qui en découlent, spécifiquement l'ordonnance concernant le personnel effectuant un engagement de la troupe visant la protection de personnes et d'objets à l'étranger (OPers-PPOE).

Après avoir défini les bases des rapports de service, le Tribunal fédéral s'attèle au fond de la problématique en l'espèce. Il constate que l'obligation imposée au recourant de se faire vacciner contre la COVID-19, avec l'avertissement qu'un refus constituerait une violation des obligations légales et contractuelles et l'exposerait à des mesures pouvant aller jusqu'à la résiliation des rapports de travail, constituait une atteinte à la liberté personnelle au sens de l'art. 10 al. 2 Cst. féd. et qu'une telle restriction d'un droit fondamental ne pouvait être imposée que moyennant le respect des conditions posées à l'art. 36 Cst. féd.

Le Tribunal fédéral procède ensuite (après un long détour pour présenter les considérants de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral) lui-même à l'examen des motifs du recours et plus particulièrement sur les conditions de restrictions posées à l'art. 36 Cst. féd., soit la légalité, l'intérêt public et la proportionnalité.

Dans le cadre de l'analyse de la légalité de la mesure, la Cour rappelle qu'en tant que militaire de carrière, le recourant se trouvait avec la Confédération dans un rapport de droit spécial et que de ce rapport spécial découle, notamment, une exigence moins stricte en lien avec la densité législative. Ainsi, une base légale matérielle est suffisante, à moins que la restriction ne porte une atteinte grave à des droits fondamentaux. Or tel n'est pas, selon le Tribunal fédéral, le cas pour une obligation vaccinale. De l'avis de la Cour, l'art. 7 al. 1 OPers-PPOE, qui prévoit qu'avant d'accomplir son engagement à l'étranger, la personne concernée doit remplir un questionnaire médical et doit se faire examiner par un médecin et prendre des mesures de prévention et de traitement constitue une telle base légale matérielle suffisante. La Cour précise que l'OPers-PPOE se fonde sur la délégation de compétence de l'art. 37 al. 1 LPers et règle spécialement, conformément à son art. 2, les rapports de travail du personnel militaire effectuant un engagement de la troupe visant la protection de personnes et d'objets à l'étranger : par conséquent, l'obligation inscrite à l'art. 7 al. 1 OPers-PPOE de prendre des mesures de prévention et de traitement, en tant qu'elle a pour objectif de permettre l'exécution des obligations légales et contractuelles des membres du personnel militaire, se justifie ainsi par rapport au but et à la bonne marche de l'institution.

Le Tribunal fédéral justifie ensuite l'absence d'une énumération expresse des mesures de prévention concernées par la nécessité de réserver une marge de manœuvre suffisante à l'armée pour définir elle-même les mesures propres à atteindre l'objectif visé et permettre une adaptation de celles-ci à des situations susceptibles d'évoluer au cours du temps. Il considère qu'il n'est ni possible, ni souhaitable de délimiter une fois pour toutes les mesures de prévention auxquelles doit se soumettre le personnel militaire pouvant être appelé à accomplir un engagement à l'étranger. Comme moyen préventif contre les maladies qui pourraient faire peser un risque sur cet engagement, la vaccination entre clairement dans la définition d'une mesure de prévention au sens de l'art. 7 al. 1 OPers-PPOE. Dans ce contexte, il relève que le médecin en chef de l'armée a déjà élaboré un document intitulé « Concept et stratégie de vaccination V » du 31 octobre 2013, qui prévoit une série de quinze vaccins destinés au personnel militaire amené à effectuer des missions à l'étranger et dont l'adhésion est obligatoire et qu'il y a ajouté la vaccination contre le Covid-19 le 1^{er} juin 2021 pour assurer la disponibilité opérationnelle du personnel militaire des forces spéciales dans le contexte des restrictions d'entrée imposées par de nombreux pays dans le cadre de la pandémie de Covid-19.

Pour ces motifs, le Tribunal fédéral considère que l'art. 7 al. 1 OPers-PPOE constitue une base légale suffisante à la mesure en cause.

Pour ce qui est de l'intérêt public, le Tribunal fédéral retient que celui visé par la mesure n'est pas la santé publique, mais la nécessité d'assurer la disponibilité opérationnelle immédiate, en tant que membre du DRA10, pour des engagements au pied levé à l'étranger dans le contexte des restrictions d'entrée des différents pays liées au Covid-19. Selon le Tribunal fédéral, le but est ainsi de sauvegarder les intérêts suisses à l'étranger (art. 3 al. 1 OPers-PPOE) soit un intérêt prépondérant par rapport à la liberté personnelle de T.

L'analyse du Tribunal fédéral se concentre ensuite sur le principe de la proportionnalité. Dans ce contexte, la Cour rappelle que ce principe exige que la restriction d'un droit fondamental soit apte à atteindre le but visé (aptitude), ne puisse être obtenue par une mesure moins incisive (nécessité) et qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la personne visée et le résultat escompté (proportionnalité au sens étroit, pesée des intérêts).

Par rapport à l'aptitude de la mesure, le Tribunal fédéral retient que du fait qu'au moment du licenciement du recourant, de nombreux pays exigeaient pour entrer sur leur territoire la vaccination contre le Covid-19, une telle vaccination était indéniablement une mesure apte à atteindre le but visé, soit de garantir que les opérateurs du DRA10 soient en mesure de participer en tout temps à des missions de cette unité à l'étranger. Il rappelle que le fait que la vaccination ne soit pas une garantie absolue contre la transmission de la maladie et qu'il ne soit pas exclu qu'un collaborateur ne puisse être engagé en raison d'un test positif Covid-19 (malgré la vaccination) ne pouvait remettre en cause l'aptitude de la mesure, qui permettait au moins de favoriser ou approcher le but.

Du point de vue de la nécessité, le Tribunal fédéral expose que le but visé ne pouvait être atteint par une autre mesure moins incisive. Ainsi, selon la Cour, la fourniture du résultat de tests réguliers et la production d'un certificat Covid sans vaccination ne permet pas d'atteindre l'objectif d'assurer la disponibilité opérationnelle immédiate du personnel militaire du DRA10 pour des engagements à l'étranger, quel que soit le pays de destination et l'évolution des mesures sanitaires en Suisse et à l'étranger. Quant à des solutions alternatives temporaires pour permettre au recourant de continuer à travailler au sein de l'unité, comme la création au sein du DRA10 d'une cellule d'entraînement pour employer les quatre opérateurs qui refusaient la vaccination, ou encore la suspension du recourant de ses fonctions sans salaire pendant un certain temps au lieu de le licencier, le Tribunal fédéral considère que si ces mesures sont moins incisives pour le recourant, elles ne permettent pas d'atteindre le but visé.

Enfin, le Tribunal fédéral considère que l'intérêt privé de T. à l'autodétermination, au respect de sa vie privée et familiale et de sa liberté personnelle ne prévaut pas sur l'intérêt public reconnu. Il retient ici que les réticences de T., causées par une expérience personnelle qui l'a affecté et par les avis de ses collègues et dont le TAF a écarté le bien-fondé dans le cadre de son examen, ne peuvent prévaloir sur l'intérêt public à assurer la disponibilité alors qu'il résulte des faits établis par la juridiction précédente que des effets indésirables graves des vaccins contre le Covid-19 n'ont été recensés que dans une proportion infinitésimale de cas sur plus de 15 millions de doses administrées en Suisse et au Liechtenstein ainsi que sur 545 millions de doses administrées au sein de l'Union européenne.

Sur la base de ces considérants, le Tribunal fédéral rejette le recours et considère bien-fondé le licenciement ordinaire prononcé.

III. Analyse

Cet arrêt, destiné à publication, s'inscrit dans le contexte des rares arrêts rendus en lien avec les effets du Covid-19 sur les relations de travail.

Quelques semaines auparavant, le Tribunal fédéral admettait en effet la validité de l'ordonnance tessinoise s'imposant au personnel non vacciné des établissements de santé et des institutions sociales, en reconnaissant que l'inégalité de traitement créée entre ces collaborateurs et les collaborateurs vaccinés constituait certes une atteinte grave à la liberté personnel, mais que cette atteinte était fondée sur une base légale suffisante, justifiée par un intérêt public, soit la nécessité de protéger une population vulnérable et que le principe de proportionnalité était respecté.¹

Comme l'arrêt tessinois, l'arrêt résumé ici rappelle l'existence d'un rapport de puissance publique spéciale qui existe entre l'Etat employeur et son personnel, qui implique une diminution de la portée de leur liberté personnelle et la possibilité de limiter les droits constitutionnels en se fondant sur une base légale matérielle, voire une décision, ce à condition que la loi au sens formel prévoit de manière « générale, voire vague, les valeurs qui doivent être respectées ». ² Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral trouve ce fondement dans une combinaison de dispositions légales matérielles et formelles, qu'il interprète au surplus de manière assez large.

Le Tribunal fédéral se base toutefois également, dans le cas d'espèce et comme l'a fait avant lui le Tribunal administratif fédéral, sur un devoir d'obéissance et d'exemplarité accru des militaires de carrière spécialistes tels que le recourant.³ Il en tire une obligation pour le recourant, qui s'était d'ailleurs soumis à d'autres contraintes médicales, comme 15 autres vaccins avant celui du Covid-19, d'accepter les ordres qui lui sont donnés, même au niveau médical, y compris sous la forme de directives du médecin en chef de l'armée.

Au niveau de l'intérêt public à protéger, il est intéressant de constater que le Tribunal fédéral appuie son raisonnement non pas sur la protection de la santé publique, mais sur la défense des intérêts de la Suisse.

Sur la base de ces considérants très spécifiques, nous nous permettons d'émettre quelques doutes sur l'applicabilité, même par analogie, des considérants de cet arrêt à d'autres fonctions, qu'elles soient de droit privé ou de droit public.

En effet, le devoir d'obéissance accru, qui s'applique, comme le relève le Tribunal fédéral, de manière très spécifique aux militaires de carrière (ici de plus spécialiste), concernera avec la même force une poignée d'autres fonctions étatiques seulement, par exemple dans la police⁴ ou dans les fonctions de la justice et de l'exécution des peines (gardiens de prison)⁵. Or, pour

¹ TF, arrêt 2C_886/2021 du 12 décembre 2022 (it.)

² Pierre Moor/François Bellanger/Thierry Tanquerel, Droit administratif, Volume III, L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat, Berne 2018, p. 571-572, et 589.

³ « En tant que militaire professionnel, le recourant se devait d'adopter une attitude irréprochable à l'égard du Commandement militaire et des autorités civiles, ainsi que jouer son rôle d'exemple pour la population. Il est ainsi permis d'adopter une attitude beaucoup plus stricte pour le personnel militaire que si cette affaire était intervenue dans des fonctions civiles. » TAF, arrêt A-4273/2021, consid. 6.4.2.

⁴ TF, arrêt 8C_118/2013 du 11 février 2014, consid. 4.2.2.

⁵ TF, arrêt 8C_780/2012 du 11 février 2013, consid. 5.1.

ces fonctions, un raisonnement par analogie trouvera sa limite dans le fait que l'intérêt public spécifique désigné dans le cas d'espèce, soit la protection des intérêts du pays à l'étranger, ne pourrait trouver application. Tout au plus, ainsi, il en irait de la protection de la santé publique, intérêt qui n'a (avec raison) pas été avancé par les autorités successives comme motif pour les mesures prises dans le cas d'espèce et qui, vraisemblablement, ne pourraient justifier une obligation vaccinale, puisque comme l'a relevé le Tribunal fédéral le vaccin n'est pas une garantie absolue contre la propagation de la maladie. De plus, il paraît douteux que des mesures allant jusqu'à la résiliation des rapports de service puissent être prises par rapport à des fonctions policières ou de justice sous l'angle de la proportionnalité, puisque contrairement à ce qui prévalait selon les autorités successives dans le cas d'espèce, une mesure moindre, telle que des tests réguliers, une modification temporaire des tâches, un déplacement ou une suspension temporaire d'activité seraient, dans ces autres fonctions et au vu de l'intérêt public à protéger, à même d'atteindre le but visé.

Quant au devoir d'exemplarité accru, la jurisprudence en la matière, tout en admettant que de manière générale, les collaborateurs de la fonction publique ont un devoir d'exemplarité, pose des exigences accrues uniquement pour certaines fonctions spécifiques, telles que celles de cadres ou de garants de certaines fonctions, lorsque les « infractions » à ce devoir d'exemplarité est de moindre importance⁶. Ainsi, si on peut envisager qu'en matière de protection contre les épidémies, les collaborateurs dans le secteur des soins ou les militaires spécialistes qui pourraient être amenés à prendre en charge des personnes vulnérables soient astreints à un devoir d'exemplarité accru, on voit difficilement comment de telles exigences pourraient être posées à l'égard de collaborateurs d'autres fonctions dépendant des administrations fédérale et cantonales.

Il sera de toute manière intéressant de voir si, et dans l'affirmative comment, les tribunaux, qui seront amenés, vraisemblablement dans le courant de cette année, à examiner la problématique des licenciements opérés par la compagnie aérienne nationale en lien avec les refus de vaccination, en violation avec les directives adoptées par la compagnie, pourront s'inspirer de cette série d'arrêts et leurs considérants pour trancher la question de savoir si les licenciements en question étaient abusifs ou non.

⁶ TF, arrêt 8C_612/2021 du 19 mai 2022, consid. 6.2.2 et arrêts cités.