

# No jab, no job.

---

## La vaccination, de la responsabilité de chacun à l'obligation pour tous

---

le 20 juillet 2021

Au cours des vingt dernières années, le droit de la responsabilité civile médicale s'est vu profondément marqué de part et d'autre de la frontière franco-suisse par la volonté des législateurs et des juges d'offrir une protection toujours plus efficace aux patients contre les aléas thérapeutiques et l'erreur humaine. Extension du devoir d'information, abandon de l'exigence d'une faute grave pour engager sa responsabilité, allègement de la charge de la preuve pour une meilleure indemnisation des victimes ; les mesures fortes – parfois sources d'insécurités manifestes pour les praticiens – de cette politique juridique ont semblé faire droit aux exigences exponentiellement croissantes que nourrissent de plus en plus de patients vis-à-vis de la médecine, de sorte que l'heure n'est plus à la confiance éclairée mais bien aux demandes de garanties. Dans ce contexte, il paraît tout juste étonnant que des patients puissent entendre désormais contrôler les certificats de vaccination de leurs soignants. La peur panique du COVID-19 n'agit aujourd'hui que comme le révélateur d'une crise humaine latente que de bienveillantes réformes du droit ont malgré elles alimentée. Quand la perte de chance, la privation d'une éventualité favorable, tend à devenir un dommage à part entière<sup>1</sup>, les dépositaires du pouvoir exécutif cherchent sans surprise à la prévenir. Pour ce faire, il n'existe pas d'autre voie que celle de l'anticipation de tous les risques et de leur élimination progressive au nom du bien d'hypothétiques futures victimes, mieux, d'une intimidante abstraction, la santé publique. Dès lors, quelles limites reste-t-il à la fièvre sécuritaire lorsque le risque présent découle de l'homme lui-même, de ce qu'il a de plus intime, son organisme ?

---

<sup>1</sup> En France, la perte de chance est considérée comme un dommage réparable depuis un arrêt fondateur rendu par le Cour de cassation le 17 juillet 1889. Sa définition donne lieu à une jurisprudence abondante depuis la fin du XXème siècle. En Suisse, elle n'est pour l'instant employée par les juges que comme une théorie permettant d'établir la causalité entre un fait générateur et un dommage lorsque le fait générateur a perturbé « un processus incertain pouvant produire l'enrichissement ou l'appauvrissement de la personne concernée » (ATF 133 III 462), soit lorsque la causalité naturelle entre le fait générateur et le dommage est difficile à démontrer.

## I. Vers une société clivante ?

Sous nos regards absents, sûrement trop occupés, se profile un monde à deux figures, atrocement manichéen. L'époque que nous traversons a assurément la texture d'un incipit de dystopie. Plus de place pour les sceptiques, les prudents, ou tout simplement les indécis, les sans avis et les penseurs, ceux qui veulent prendre leur temps. Le langage recèle et cristallise les oppositions qui subrepticement déchirent le tissu social. D'un côté, les « pragmatiques », les « progressistes », les « altruistes », ou plus radicalement encore les « raisonnables ». De l'autre, les « rassuristes », les « populistes », « les anti-vax », en fin de compte tous proches cousins des platistes. La linguistique nous apprend que les mots dont nous nous armons les uns contre les autres modèlent notre rapport à la réalité, à ce qui est, en la contaminant de ce que nous voudrions qu'elle soit, de ce qu'elle devrait être. Ce n'est pas un hasard si la science, au sens premier de connaissance, partage avec l'écriture, mode de production et de manifestation du langage, la même

filiation avec le *logos* grec. En collant sur l'autre, celui dont nous ne reconnaissons pas le discours, des étiquettes fantaisistes, doucement moqueuses, nous le reléguons hors de la société des gens éclairés, de ceux qui semblent, en puissance, disposer de la faculté de bien choisir. La réduction systématique des minorités à des qualificatifs dépréciatifs est un premier pas vers la légitimation de la violation de leurs droits et de la négation de leur aptitude à contribuer à la chose publique. La presse, à qui l'on doit beaucoup dans la conquête des libertés, devrait s'en inquiéter davantage, d'autant que la cohésion interne est, pour rappel, l'un des buts fondamentaux que s'est fixée la Confédération suisse au travers de sa Constitution (Art. 2 al. 2 Cst). Peu à peu, se forge le moule clivant du bon citoyen, figure qui s'identifie de manière préoccupante à celui qui répond aux incitations des autorités, quoiqu'il en coûte, pour le bien d'un « tous » peu identifiable ou, peut-être pire, par pure commodité.

## II. De la situation vaccinale des soignants

C'est une épidémie. Tadjikistan, Turkménistan, Vatican, Grèce, Italie puis France, tous ont pris la décision de contraindre les soignants à se faire vacciner sous peine de sanctions. Bien qu'elle n'en ait pas encore usé, la Suisse dispose elle aussi d'une base légale suffisante pour restreindre considérablement les droits fondamentaux du personnel médical, et plus généralement des personnes qui en raison de leurs activités sont quotidiennement au contact des plus vulnérables. À la teneur de l'article 6, alinéa 2, lettre d, de la Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012, le Conseil fédéral est en effet fondé à « déclarer obligatoires des vaccinations pour les groupes de population en danger, les personnes particulièrement exposées et les personnes exerçant certaines activités » après consultation des cantons. La mise en place de la vaccination obligatoire

d'une partie de la population contre le COVID-19 constituerait une atteinte aux droits imprescriptibles et inaliénables consacrés par la Constitution fédérale que sont la liberté personnelle (Art. 10 al. 2 Cst) et la liberté économique (Art. 27 Cst). En vertu de l'article 36, elle pourrait pourtant se révéler parfaitement légale. Conformément à ce dernier, il est possible de restreindre un droit fondamental lorsque l'on se fonde sur une base légale, que l'on est en mesure de justifier l'atteinte portée à ce droit par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui, que l'on peut démontrer que la restriction opérée est proportionnée au but visé et qu'elle ne constitue pas une violation de l'essence même du droit en question. La première de ces conditions est, comme nous l'avons vu, par avance remplie. La fièvre collective pourrait nous persuader que les deux suivantes le sont aussi. Ce n'est toutefois pas évident.

**Rendre obligatoire la vaccination pour les soignants ne serait effectivement justifié par l'intérêt public qui est d'endiguer la progression du COVID-19 ou par la protection du droit à la vie des patients (Art. 10 al. 1 Cst) que s'il existait un rapport raisonnable entre cette mesure et le but invoqué.**

Imposer la vaccination contre le COVID-19 aux personnels des établissements de santé et aux personnes exerçant une activité quelconque auprès des plus vulnérables reviendrait ainsi à opter pour une solution tant schématique qu'arbitraire et à réglementer sans nécessité supplémentaire des états de fait. Tous les soignants non vaccinés ne sont pas des monstres dénués de tout civisme et de toute conscience professionnelle et leur choix de ne pas se faire vacciner ne compromet pas plus la santé de ceux à qui ils prodiguent des soins que le laxisme de certains de leurs pairs un peu trop sûrs de ne plus compter parmi les présumées bombes virales. Le sens des responsabilités ne saurait survivre à la négation des libertés individuelles. Ce constat séculaire nous invite à la plus grande prudence concernant l'appréciation de la proportionnalité de la mise en place d'une vaccination obligatoire du personnel des établissements de santé. En outre, pour ce qui est de la dernière condition posée par l'article 36, une zone d'ombre subsiste quant à sa vérification. Le législateur a prévu que le noyau intangible des droits fondamentaux est inviolable. Il s'est en cela inspiré de son homologue allemand<sup>2</sup>. Le quatrième alinéa de l'article 36 a pour fonction de protéger de manière absolue le cœur élémentaire, la substance, des droits fondamentaux contre les organes étatiques et le pouvoir constituant dérivé. Il s'offre comme le garde-fou de la démocratie, de la protection des minorités.

La jurisprudence est jusqu'ici restée évasive sur ce que recouvre la notion d'« essence inviolable des droits fondamentaux ». L'intégrité physique menacée par l'instauration de la vaccination obligatoire pourrait-elle être reconnue comme faisant partie de l'essence inviolable de la liberté personnelle au regard des incertitudes planant sur les effets à long terme des différents vaccins mis sur le marché ? Le Tribunal fédéral a déjà été amené à esquisser une frontière entre la sphère de la protection habituelle de la liberté personnelle et son noyau intangible en 1973 suite à un recours qui avait précisément trait à une précédente obligation vaccinale<sup>3</sup>. En l'espèce, se posait la question de la constitutionnalité de l'article 115 de la Loi vaudoise sur l'organisation sanitaire qui déclarait obligatoire la vaccination des enfants contre la diphtérie. Les juges ont considéré que la norme imposait une limitation admissible de la liberté personnelle en se fondant sur le caractère en général inoffensif de la vaccination en cause et la dangerosité notable de la maladie. Une remarque s'impose. D'après les données publiées par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), le taux de létalité de la diphtérie respiratoire avoisine les 50%. À titre de comparaison, l'OFSP a établi dans son rapport intitulé « Décès liés au COVID-19 en Suisse et en comparaison internationale » le 26 février que le nombre de décès liés au COVID-19 rapporté au nombre total de cas connus depuis octobre 2020 était de 1,5% et qu'il n'avait avant cette date jamais dépassé 2,2%. Il a également précisé que selon les données qui leur avaient été transmises, la quasi-totalité, exactement 97%, des 8876 personnes décédées depuis le début de l'épidémie « souffraient déjà au moins d'une maladie »<sup>4</sup>. À la vue de ces éléments, la limitation de la liberté personnelle qu'entraînerait l'organisation de la vaccination obligatoire des soignants contre le COVID-19 devrait être déclarée inconstitutionnelle par le Tribunal fédéral.

2 Le second alinéa de l'article 19 de la Loi fondamentale allemande dispose depuis le 23 Mai 1949 qu'« Il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental ».

3 ATF 99 I a 749

4 Rapport consultable à l'adresse suivante dans la rubrique « Décès liés au COVID-19 » : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/situation-schweiz-und-international.html>

### III. Discrimination à l'embauche

Conscients de la faible probabilité que l'État fasse le choix politiquement risqué de rendre la vaccination obligatoire même pour des groupes strictement définis, certains employeurs ont d'ores et déjà communiqué leur intention de ne plus embaucher de personnes non vaccinées. Cette position a été rapidement adoptée au plan international par les directions de sociétés dont le but social n'a aucun lien avec le domaine médical. L'avenir des affaires dépend de promesses rassurantes et du bon rétablissement des inquiets. Au-delà du caractère proprement ingénieux de ces opérations de communication, faire de la détention d'une attestation de vaccination un critère de recrutement est contraire au principe d'égalité de traitement censé régir les relations

entre candidats et recruteur au visa de l'article 8 de la Constitution fédérale. Ériger la vaccination en sésame de l'emploi ouvre ainsi le chemin à une multiplication des entorses aux articles 8 et 27 de la Constitution fédérale. Face à cette forme émergente de discrimination assumée, les candidats non-vaccinés pourraient se prévaloir de la protection générale contre les discriminations conférée par l'article 28 du Code civil. L'employeur n'a pas à se travestir en idéologue, à participer à l'intronisation des opinions qu'il embrasse. Il semble d'autant plus crucial de le dénoncer lorsqu'une morale conquérante a la fâcheuse tendance de justifier l'ostracisation progressive des membres du corps social qu'elle a décrétés nuisibles.

### IV. Licenciement abusif

En droit suisse, la liberté de résilier unilatéralement un contrat de travail a pour limite le champ d'application des dispositions relatives au congé abusif. L'article 336 du Code des obligations définit le congé abusif comme le congé donné par une partie notamment « pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise » (Art. 336 al. 1 let. a Co) ou « en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise » (Art. 336 al.1 let. b Co). Un employeur ne peut donc licencier un employé pour une raison inhérente à sa personnalité telle que son statut familial ou ses antécédents médicaux ou en raison de l'exercice par celui-ci d'un droit constitutionnel comme la liberté de conscience par exemple. Le congé donné à un employé au motif qu'il a refusé de se vacciner serait ainsi particulièrement abusif en ce qu'il serait donné pour une raison inhérente à sa personnalité, c'est-à-dire sa plus grande vulnérabilité au COVID-19, et en raison de l'exercice de plusieurs de ses droits constitutionnels, en l'espèce de sa liberté personnelle et de sa liberté d'opinion

(Art. 16 Cst). Par ailleurs, si la jurisprudence a admis que le congé donné par l'employeur au motif que son employé était malade n'était pas abusif dans la mesure où la maladie empêchait l'employé de fournir la prestation qui faisait l'objet du contrat de travail<sup>5</sup>, elle n'a jamais soutenu que le seul risque sanitaire que pouvait présenter pour l'avenir un employé était un motif de licenciement acceptable. Dès lors, après avoir formé opposition au congé abusif par écrit en respectant le délai de congé, l'employé licencié serait fondé à agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption (Art. 336b Co) en l'absence d'accord trouvé avec l'employeur concernant le maintien de leurs rapports de travail.

Contre les exhortations répétées à prendre parti, à choisir un camp, le droit se dresse plus que jamais comme l'ultime garant de nos libertés, comme le rempart qui nous préserve de nos dangereuses tentations moralistes et de nos instincts tribaux. L'histoire de cet outil de civilisation nous rappelle à propos combien l'élaboration des solutions les plus performantes doit à la lenteur de la réflexion, aux petits pas mesurés de l'esprit, à la critique et à ses revirements.



## Serge Fasel

Associé - Genève  
Contentieux et arbitrage  
Droit du travail

[sfasel@fbt.ch](mailto:sfasel@fbt.ch)



## Olivia de Weck

Avocate - Genève  
Contentieux et arbitrage  
Droit du travail

[odeweck@fbt.ch](mailto:odeweck@fbt.ch)



### Remerciements:

A Charlie Paniandy étudiante en double licence de droit et de philosophie, Université de Paris 1 Panthéon - Sorbonne, pour sa contribution à la préparation et à la rédaction de cet article.

**F B T**  
A V O C A T S

**Genève**  
Rue du 31-Décembre 47  
Case postale 6120  
CH - 1211 Genève 6  
+41 22 849 60 40  
[info@fbt.ch](mailto:info@fbt.ch)

**Paris**  
4, avenue Hoche  
F - 75008 Paris  
+33 1 45 61 18 00  
[info@fbt-avocats.fr](mailto:info@fbt-avocats.fr)