



**Union Fédérale
de la Santé Privée CGT**

**LIBRE EXERCICE
DU DROIT SYNDICAL
ET PASS SANITAIRE
*pour les salarié.e.s
relevant du secteur privé***

Union Fédérale de la Santé Privée CGT

• ufsp@sante.cgt.fr • 01 55 82 87 71 • www.sante.cgt.fr

I - RAPPEL DES TEXTES DÉJÀ EN VIGUEUR CONSACRANT LA LIBERTÉ SYNDICALE :

Les principaux textes et décisions consacrant la liberté syndicale 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
- 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.

Les principaux textes sur la libre circulation des DS et membres du CSE sont :

- Pour les DS : l'article **L. 2143-20 alinéa 2 du code du travail** dispose que pour l'exercice de leurs fonctions les DS peuvent « tant durant les heures de délégation qu'en dehors de leurs heures habituelles de travail, *circuler librement dans l'entreprise et y prendre tous les contacts nécessaires à l'accomplissement de leur mission, notamment auprès d'un salarié à son poste de travail, sous réserve de ne pas apporter de gêne importante à l'accomplissement du travail des salarié.e.s* ».
- Pour les membres du CSE (membres élus de la délégation du personnel du CSE et les représentants syndicaux au comité : **l'article L. 2315-14 du code du travail** prévoit les mêmes droits.

II - RAPPEL DES SANCTIONS DÉJÀ EXISTANTES EN CAS D'ATTEINTE À LA LIBERTÉ SYNDICALE :

Deux types de sanctions majeures:

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 3 750 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 à 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.**

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.

III - MAINTIEN DE LA LIBERTÉ SYNDICALE EN DÉPIT DE LA LOI DU 5 AOÛT 2021 RELATIVE À LA GESTION DE LA CRISE SANITAIRE ET PORTANT MISE EN PLACE D'UN PASS 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 5 août 2021.

Ainsi, 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* » Point V Conséquences sur la relation de travail d'un refus de présentation des justificatifs requis, il est expressément rappelé que la suspension du contrat de travail d'un salarié pour défaut de vaccination ou de pass sanitaire ne suspend en rien ses mandats. Donc maintien des jurisprudences citées ci-dessus.

<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>

Il a été décidé également :

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 légitime de la protection sanitaire de l'ensemble des salariés et constitue un trouble manifestement excessif* » **TJ Saint-Nazaire, référé, 27 avril 2020 n°20/00125**

Donc, déjà à cette période de premier confinement et de circulation présumée très active de la COVID-19, 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.

Avec la loi du 5 août 2021 instaurant notamment un pass sanitaire :

L'article 1 de la loi du 05 août 2021 notamment en son 2° subordonne à un « pass sanitaire » [à savoir 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] l'accès à certains lieux, établissements, services ou évènements 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.*

L'article 1 mentionne en outre : « Cette réglementation est rendue applicable au public et, à compter du 30 août 2021, aux personnes qui interviennent dans ces lieux, établissements, services ou évènements 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. »

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 a 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 peu claire et ambiguë notamment sur la réglementation applicable à compter du 30 août 2021, étendant le « pass sanitaire » au *public* et aux personnes qui *interviennent dans ces lieux, établissements, services ou évènements*, **la position du Conseil Constitutionnel réaffirmant que les activités de loisir excluent l'activité syndicale, laissent à penser que l'exercice des activités syndicales (et donc l'accès à certains lieux, établissements, services ou évènements y afférents) ne rentre pas dans le champ d'application des activités, listées dans l'article 1 II 2° de la loi du 05 août 2021.**

Reste à savoir ce qu'il faut entendre par *activités syndicales*. A défaut de limitations posées, il est possible d'entendre toute activité en lien avec le mandat syndical de l'intéressé, donc les déplacements, les visites des salariés en entreprise, les réunions syndicales etc...

Donc au vu de ces éléments, l'employeur ne devrait pas être en droit d'exiger des élus CSE ou DS les conditions du pass sanitaire pour l'exercice de leur mandat.

Il doit également être noté que l'article 1 II F de la loi du 05 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 évènements autres que ceux mentionnés au 2° du A du présent II » Donc l'employeur qui exigerait la présentation d'un « pass sanitaire » en dehors des cas précédemment listés sera passible de sanctions pénales outre l'emprisonnement.

Il est à préciser que 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* » dernière question du point III Conditions d'application dans les entreprises, le conseiller du salarié qui vient assister un salarié lors d'une entretien préalable n'est pas soumis au pass sanitaire, sa mission étant traitée comme une tâche « ponctuelle ».

<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>

Attention : Le pass sanitaire (régé par l'article 1 de la Loi du 05/08/2021) est à distinguer de l'obligation vaccinale (article 12 de la Loi du 05/08/2021) qui pèse sur certain.e.s salarié.e.s 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.

IV - CONCRÈTEMENT, QUEL COMPORTEMENT TENIR EN CAS D'EXIGENCE DE LA PART DE L'EMPLOYEUR D'UN PASS SANITAIRE POUR L'EXERCICE DE SON ACTIVITÉ SYNDICALE ?

Si l'UD, l'UL etc... a établi un mandat écrit type (Cf. formulaire type - annexe) rappelant que le titulaire du mandat n'est pas soumis à pass sanitaire tenant notamment la décision du conseil constitutionnel et les sanctions sur le délit d'entrave et sur la demande de présentation d'un pass 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.

- Etablir 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 pass 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.
- Dans la foulée, 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 de saisir le conseil de prud'hommes sur une éventuelle discrimination et sur le préjudice moral subi.

**EXEMPLE DE MANDAT POUR D.S.
RELEVANT D'UNE ENTREPRISE DE DROIT PRIVÉ**

Logo + adresse et coordonnées de l'organisation syndicale

Date

ATTESTATION DE MANDAT

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 pass 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 faire valoir ce que de droit

Date

Dénomination de l'UD, l'UL etc...

Nom de son représentant et signature

RAPPEL DES TEXTES ET SANCTIONS

Article L.2146-1 du code du travail : « le fait d'apporter une entrave à l'exercice du droit syndical, défini par les articles L2141-4, L2141-9 et L. 2141-11 à L.2143-22 **est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 €**

Article L. 2143.20 du code du travail : « *Pour l'exercice de leurs fonctions les délégués syndicaux peuvent durant les heures de délégation, se déplacer hors de l'entreprise.*

Ils peuvent également tant durant les heures de délégation qu'en dehors de leurs heures habituelles de travail, circuler librement dans l'entreprise et y prendre tous les contacts nécessaires à l'accomplissement de leur mission, notamment auprès d'un salarié à son poste de travail, sous réserve de ne pas apporter de gêne importante à l'accomplissement du travail des salarié.e.s ».

Article 1 II F de la loi n°2021-1040 du 05 août 2021 :« 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 »



263, rue de Paris - Case 538 - 93515 Montreuil CEDEX - www.sante.cgt.fr