23/08/2021 VF

Loi du 5 août 2021 relative à la gestion de sortie de la crise sanitaire

Obligation vaccinale et relation de travail

La loi du 5 août 2021 prévoit dans certains secteurs publics et privés une obligation vaccinale pour des personnels y assurant leurs activités professionnelles. Cette obligation a un impact sur la formation et la vie de la relation de travail.

Après un rappel du dispositif légal, seront abordés :

- **Le recrutement et l'exigence de vaccination ;**
- **L'autorisation d'absence pour se rendre aux rendez-vous médicaux liés au parcours de vaccination ;**
- **Les modalités de contrôle des justificatifs par l'employeur ;**
- **La suspension de la relation de travail ;**
- **La question du licenciement d'un salarié qui refuse de se faire vacciner ;**
- **Des annexes : documents du ministère du travail, du ministère de la fonction publique.**

1. Le rappel du dispositif prévu par la loi

La loi fixe la liste des salariés et agents concernés par l'obligation de se faire vacciner contre la COVID-19 à compter du 9 août 2021. **Une période progressive d'entrée en application de cette obligation est prévue :**

- **Jusqu'au 14 septembre**, ces personnes devront présenter un test négatif ou un certificat de rétablissement suite au covid ou un certificat de vaccination ou à défaut, le justificatif de l'administration de doses requises par décret ;
- **Entre le 15 septembre et le 14 octobre**, la présentation d'un test négatif ne sera valable que pour les personnes qui justifient avoir eu une première dose de vaccin ;
- **A compter du 15 octobre**, les personnes devront justifier du vaccin ou d'un certificat de rétablissement ou à défaut, de l'administration de doses requises par décret.

Les personnes concernées par une contre-indication médicale à la vaccination peuvent présenter un certificat médical de contre-indication se substituant au document de vaccination[1].

Lorsqu'elles ne présentent pas ces documents, **ces personnes ne peuvent plus exercer leur activité.** Il leur est possible de poser des jours de congés. A défaut, la relation de travail est suspendue et la rémunération est interrompue jusqu'à présentation des documents demandés (voir le point n°5).

2. Le recrutement et l'exigence de vaccination

L'obligation vaccinale s'applique à compter de l'entrée en fonction et du caractère effectif des missions dans les conditions prévues par la loi. Ainsi les personnes soumises à l'obligation vaccinale doivent présenter les justificatifs requis au moment de leur entrée en fonctions. Ceux-ci ne peuvent être exigés pour passer des entretiens ou visiter les locaux.

Il incombe à l'employeur (dans les faits ce sera souvent le recruteur ou le manageur) d'informer le candidat retenu des conditions d'exercice de ses missions et donc l'obligation de présenter les justificatifs nécessaires lors de sa prise de fonctions. Il doit également informer le candidat des conséquences sur la relation de travail qu'un défaut de justificatifs le moment venu entraînera (voir le point n°5).

3. L'autorisation d'absence pour se rendre aux rendez-vous médicaux liés au parcours de vaccination

La loi prévoit une autorisation d'absence au bénéfice de **tous les salariés ou agents soumis ou non à l'obligation de justificatif** de vaccination pour se rendre aux rendez-vous médicaux liés au parcours de vaccination. Cette autorisation d'absence est donc ouverte à tous les salariés et agents.

Ces absences n'entraînent aucune diminution de la rémunération et sont assimilées à une période de travail effectif pour la détermination de la durée des congés payés ainsi que pour les droits légaux ou conventionnels acquis au titre de l'ancienneté.

[1] Les modalités et motifs de contre-indication médicale sont fixés dans le décret n°2021-1059 du 7 août 2021 et son annexe 2

En pratique, le salarié ou l'agent informera l'employeur de son souhait d'autorisation d'absence et l'employeur pourra demander une justification de l'absence par la preuve d'une prise de rendez-vous.

Attention ! Le document « Questions-Réponses » du Ministère du travail indique que l'employeur peut, a posteriori de l'absence, demander le justificatif de la réalisation de l'injection. Si ce justificatif correspond au format papier du QR Code que remet le centre de vaccination et non un justificatif de présence, il nous semble que ce document est personnel et le salarié n'a aucune obligation légale de le remettre à l'employeur. **Nous conseillons donc vivement de privilégier l'information de l'employeur en amont de l'absence pour se faire vacciner avec, pour justificatif, une prise de rendez-vous (c'est le sens même d'une autorisation d'absence qui, par nature, précède l'absence)** et de rester dans sur une démarche de confiance entre le manageur et le salarié ou l'agent quant à la réalisation effective de la vaccination.

4. Les modalités de contrôle des justificatifs par l'employeur

L'obligation de contrôle pour l'employeur

Conformément aux dispositions légales, **l'employeur est tenu d'assurer le contrôle des justificatifs** requis auprès des salariés ou agents concernés[2].

Ce contrôle peut être effectué à partir d'un format papier (attestation papier) ou d'un format numérique (attestation pouvant être téléchargée dans l'application « TousAntiCovid »).

Un contrôle des justificatifs uniquement pour les seules personnes concernées

L'employeur ne peut contrôler les justificatifs prévus que si le salarié ou l'agent est soumis à l'obligation de vaccination.

La loi interdit et punit toute personne qui exige en dehors des cas légaux des preuves de vaccination. Ainsi, pour des taches ponctuelles réalisées dans les établissements où le personnel est soumis à l'obligation de vaccination, l'employeur ne peut exiger des justificatifs de vaccination. Ces situations peuvent concerner notamment une intervention d'un conseiller du salarié ou d'un représentant syndical extérieur venu assister un salarié ou un agent.

La délégation du contrôle par l'employeur à un tiers ou à un salarié

La loi indique, sans plus de précision, que ce contrôle que doit assurer l'employeur, est effectué par des personnes placées sous sa responsabilité.

En cette absence d'explicitation, il semble possible de faire un parallèle avec les règles expressément prévues pour le contrôle du passe sanitaire qui comprend le justificatif de vaccination.

Ainsi, dans la pratique, le contrôle pourra être délégué à un tiers (un prestataire) ou à un ou plusieurs salariés ou agents dédiés à cette mission. Il est probable que ce contrôle incombe aux manageurs responsables d'entité ou d'équipe.

[2] A noter que ce contrôle incombe à l'Agence Régionale de Sante (ARS) pour les personnels concernés non salariés ou agents publics.

Il faudra alors que les personnes soient expressément habilitées (par un écrit signé entre la personne habilitée et la direction ; il est fortement conseillé que cet écrit contienne également une clause de confidentialité). **Cette habilitation prend une forme nominative et est répertoriée sur un registre** détaillant les personnes ainsi habilitées, la date de leur habilitation ainsi que les jours et horaires des contrôles effectués par ces personnes.

Les textes réglementaires concernant le passe sanitaire prévoient la mise en place par la direction **d'une information appropriée et visible** relative à ce contrôle à destination des personnes concernées par le contrôle du passe sanitaire sur le lieu dans lequel ce contrôle est effectué (message d'information, panneau d'affichage...).

Un travail de coordination peut également s'organiser avec le référent COVID 19 si la direction a mis en place un tel référent.

Lorsque le contrôle est délégué à un salarié :

- **le contrôle**, s'il est effectué par un moyen numérique (lecture numérique du QR Code, voir ci-dessous), **doit être réalisé avec du matériel fourni par l'employeur**. En effet, l'obligation de procéder au contrôle des justificatifs de vaccination reposant sur l'employeur, il lui appartient de fournir les équipements nécessaires à l'accomplissement du contrôle aux salariés qui en sont chargés. Le matériel personnel (téléphone mobile par exemple) ne devrait pas être utilisé ;

- **Une attention particulière doit être portée aux salariés chargés de ce contrôle** en adaptant en tant que de besoin l'évaluation des risques aux difficultés spécifiques liées à cette activité et en apportant à ces salariés l'accompagnement nécessaire au bon déroulement de cette mission.

  Lorsque la mission incombe aux manageurs, il est indispensable que les représentants CFE-CGC s'assurent que les manageurs sont bien informés par leur direction des mesures décidées avec d'éventuels supports de communication, qu'ils ont les moyens de faire respecter les mesures et des interlocuteurs identifiés pour faire remonter les tensions, que cette mission est prise en compte dans leur charge de travail.

Un contrôle par lecture numérique d'un QR Code

La loi pose une obligation de contrôle d'un statut vaccinal. Le justificatif de ce statut génére un QR Code qui peut être présenté sous format papier (attestation remise à l'issue de la vaccination) ou sous format numérique (attestation téléchargée ou prise en photo sur son téléphone portable).

Les textes réglementaires prévoient un contrôle numérique du QR Code via l'application publique « **TousAntiCovid Vérif** » ou par un équivalent privé devant apporter les mêmes garanties.

Les données collectées et traitées suite au contrôle numérique du QR Code

Tout justificatif généré comporte le nom, le prénom, date de naissance et de la personne et un code permettant sa vérification. Aucune autre information n'est délivrée. Le Conseil constitutionnel comme le Conseil d'état avant lui ont bien précisé ce point dans leurs avis et

décisions. La CNIL a également souligné ce point[3] invitant le gouvernement à veiller à ce que toute application de contrôle du QR Code, en dehors de « **Tous AntiCovid Vérif** », ne permette aucune autre collecte.

Les données ne sont pas conservées et ne sont traitées qu'une fois lors de la lecture du QR code. Elles ne peuvent pas être utilisées à d'autres fins que l'accès aux lieux et activités concernées.

Cependant, l'employeur peut conserver les résultats des vérifications de satisfaction à l'obligation vaccinale jusqu'à la fin de cette obligation. Il doit s'assurer d'une conservation sécurisée et de la destruction des documents au terme de la période d'obligation vaccinale.

Les dispositifs numériques de lecture du QR Code

Le gouvernement a déployé l'application « **TousAntiCovid Vérif** », garantie conforme au RGPD et distincte de l'application « TousAntiCovid », pour permettre un contrôle garantissant le respect des données personnelles et éviter tout détournement de données.

Cette application de lecture des QR Code est disponible gratuitement en ligne sur les magasins d'applications des principaux systèmes d'exploitation et ne nécessite qu'une caméra afin de pouvoir détecter et lire les QR code présentés. Son utilisation est légalement réglementée et doit se cantonner aux professionnels habilités, dans le cadre des activités pour lesquelles le passe sanitaire est requis (pas d'usage privé entre collègues par exemple).

Cependant, à ce stade du déploiement de l'obligation vaccinale, il faut être vigilant aux instruments numériques utilisés car :

- d'autres instruments apparaissent sur le marché sans forcément répondre aux mêmes exigences que le protocole « **TousAntiCondid Vérif** » ;
- Parfois, l'application « TousAntiCovid » est utilisée, par erreur, pour contrôler le QR Code. Or l'application « TousAntiCovid » n'est pas, contrairement à « **TousAntiCovid Vérif** », un dispositif de lecture de documents de vaccination et ne devrait, en aucun cas, être utilisée dans le cadre des opérations de contrôle dès lors qu'elle permettrait un accès illégitime aux données et une conservation illicite des justificatifs.

Pour s'assurer que l'employeur utilise le bon instrument de contrôle des justificatifs, il est utile que les représentants du personnel mettent ce sujet à l'ordre du jour d'une réunion avec la direction le plus rapidement possible. Les membres du CSE, du CSA ou CST peuvent également se rapprocher du délégué à la protection des données (DPD/DPO) de l'entreprise ou de l'organisme.

La question du secret médical

L'employeur a connaissance du statut des personnes au regard du justificatif de vaccination via un QR Code. **Ce dernier ne comporte pas d'information précise sur l'état de santé des personnes. L'employeur ne sait pas par quel type de document l'obligation de vaccination est respectée.** De ce point de vue, le secret médical peut être respecté.

[3] Avis de la CNIL du 9 août 2021 : https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-rend-son-avis-sur-les-evolutions-apportees-par-la-loi-relative-la-gestion-de-la-crise

Pour renforcer ce secret médical, la loi prévoit que les personnes soumises à l'obligation vaccinale peuvent transmettre le certificat de rétablissement ou le certificat médical de contre-indication au médecin du travail compétent qui informe l'employer, sans délai, de la satisfaction à l'obligation vaccinale.

5. La suspension de la relation de travail

Lorsque les personnes soumises à l'obligation vaccinale ne présentent pas les documents requis, elles ne peuvent plus exercer leur activité.

Il leur est possible de poser des jours de congés[4]. Il s'agit d'une simple possibilité, l'employeur ne peut l'imposer.

A défaut de prise de jours de congés par le salarié ou l'agent, la relation de travail est suspendue le jour-même[5] et **la rémunération est interrompue jusqu'à présentation des documents demandés**.

Le texte prévoit, pour les personnels concernés qui verraient leur contrat ou fonctions suspendus, que **la période de suspension ne peut être assimilée à une période de travail effectif pour le calcul des jours de congés ainsi que pour les droits légaux et conventionnels acquis au titre de l'ancienneté** (prime d'ancienneté, indemnité de licenciement ou de rupture conventionnelle, complément employeur en cas d'arrêt maladie...)

En revanche, **il est précisé que le salarié ou l'agent conserve le bénéfice des garanties de protection sociale complémentaire**.

Attention ! Contrairement à l'obligation de prsésentation du passe sanitaire, la loi ne prévoit pas de rendez-vous entre l'employeur et le salarié ou l'agent au bout de 3 jours de suspension pour maintenir un dialogue. Les document « Questions/Réponses » des Ministères du travail et de la fonction publique mentionnent cependant **l'invitation qui est faite à l'employeur de privilégier l'instauration d'un dialogue avec le salarié ou l'agent** et d'organiser un entretien avec lui pour évoquer les moyens de régulariser sa situation. C'est du bon sens managérial !

6. La question du licenciement d'un salarié qui refuse de se faire vacciner

Le refus de vaccination alors que celle-ci est prévue par la loi peut à notre avis entrainer un licenciement : dans un arrêt du 11 juillet 2012[6], la Cour de cassation a validé le licenciement pour cause réelle et sérieuse d'un salarié qui refusait de se faire vacciner contre l'hépatite B alors que la réglementation applicable à l'entreprise imposait la vaccination.

[4] La loi mentionne « jours de repos conventionnels ou de congés payés ». La notion de « jours de repos conventionnels » devrait s'entendre comme des jours de repos prévus par accord collectif : jours de RTT, jours de congés d'ancienneté….

[5] La loi mentionne une information par l'employeur « sans délai » des conséquences de l'absence de justificatif de vaccination. A défaut de prise de ocngés, la relation de travail est suspendue. En pratique, la suspension pourrait intervenir dès le jour de la reprise du travail après des congés, après information de l'employeur des conséquences de l'absence de justificatif et à défaut de prendre de nouveaux congés.

[6] Cass. soc. arrêt du 12 juillet 2012

Attention ! En l'espèce, le médecin du travail avait par ailleurs prescrit la vaccination et le salarié ne présentait pas de contre-indication médicale.

Le licenciement d'un salarié qui refuserait de se soumettre à l'obligation vaccinale sans présenter de contre-indication médicale pourrait donc, selon nous, être validé par les juges.

7. Les annexes

Documents du Ministère du travail

Calendrier vaccinal et passe sanitaire
https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/frise-pass-sanitaire.pdf
Questions réponses
https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/questions-reponses-par-theme/article/obligation-de-vaccination-ou-de-detenir-un-pass-sanitaire-pour-certaines
Protocole national de santé et sécurité des salariés en entreprise :
https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/protection-des-travailleurs/protocole-national-sante-securite-salaries

Documents du Ministère des fonctions publiques :

Fonction publique territoriale :
https://www.collectivites-locales.gouv.fr/files/Covid-19/FAQ%20DGCL%2011-08-2021.pdf
Fonction publique d'état
https://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/covid-19/FAQ-actualisee-10-aout-2021.pdf
https://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/textes_de_reference/2021/20210810-circulaire-gestion-crise-sanitaire.pdf
Fonction publique hospitalière
https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/consignes_obligation_vaccinale_passe_sanitaire_110821.pdf