

- Dépistage et vaccination contre la Covid-19 en entreprise

Frédérique CASSEREAU

Avocate associée Cabinet Hocheassereau@hocheavocats.com

Laura BOCAERT

Juriste en droit social Cabinet Hochebocaert@hocheavocats.com

Le seuil des 30 millions de primo-injections de vaccins contre la Covid-19 a été franchi le 12 juin 2021 (1). En parallèle de la campagne de vaccination à destination du grand public, depuis le mois de février 2021 (2), les entreprises et les services de santé au travail (SST) sont particulièrement mobilisés pour encourager la vaccination des salariés.

Ces campagnes, inédites pour la majorité des DRH dans un contexte qui l'est tout autant, ont suscité de nombreux questionnements et débats qui sont à la croisée du droit et de l'éthique, tout en soulevant un certain nombre de problématiques organisationnelles.

En premier lieu, d'un point de vue juridique, tant en matière de dépistage de la Covid-19 que de vaccination, la position officielle du Gouvernement et des autorités sanitaires a été contrainte d'évoluer au gré des confinements et déconfinements successifs, face à une situation épidémique qui peinait à s'améliorer et devant la nécessité d'assurer la poursuite de la vie économique. Le 12 juillet dernier, le *Président Macron* a annoncé des mesures en matière de vaccination contre la Covid-19 : celle-ci devrait devenir obligatoire pour le personnel en contact avec le public (cafés, restaurants, salles de spectacle, centres commerciaux, hôpitaux, avions, trains et cars pour les trajets de longue distance). Nous y reviendrons dans notre prochain numéro, une fois la loi promulguée et ses décrets d'application publiés (3).

D'un point de vue éthique ensuite, l'autorisation progressive des tests de dépistage, puis de la vaccination au sein des entreprises, est naturellement génératrice de nombreux dilemmes et débats. L'une de leurs composantes peut se résumer à la question de l'articulation entre le droit à la libre disposition de son corps par le salarié, qui peut être potentiellement hostile à l'idée d'être testé ou vacciné, et l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur, désireux de limiter au maximum le risque de contaminations sur le lieu de travail, mais aussi son éventuelle responsabilité civile, voire pénale. Dans le même temps, il faut veiller au secret médical, aux données personnelles sensibles et parfois répondre aux craintes d'une forme de discrimination vaccinale, renforcée par la mise en place ces dernières semaines du pass sanitaire (4).

Une fois posé le cadre juridique et les débats épistémologiques mis de côté, comment, de façon très pragmatique, les DRH doivent-ils organiser ces campagnes, quels écueils doivent-ils éviter et quelles sont les bonnes pratiques à diffuser ?

ACTE 1 : LE DÉPISTAGE

Flash-back : nous sommes au printemps 2020, le 16 mars, alors que la France s'apprête à entamer son premier confinement, le Directeur général de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) déclare lors d'un point presse sur la Covid-19 : « *Nous avons un message simple pour tous les pays : testez, testez, testez. Testez tous les cas suspects* » (5).

Ce message sera bientôt adopté telle une ritournelle par les autorités sanitaires et le Ministre de la santé *Olivier Véran* avec la stratégie « *tester, tracer, isoler* ». Pour autant, cette politique n'a pas alors été autorisée dans les entreprises.

De l'interdiction...

En effet, fin avril 2020, alors que la date du déconfinement a été arrêtée au 11 mai et que les DRH s'interrogent sur les modalités du retour en présentiel, *Veolia* est la première à proposer une campagne de dépistage à grande échelle à ses salariés (6).

La réaction du Gouvernement ne se fait pas attendre. Début mai, le Ministre du travail indique clairement à la presse que les entreprises n'ont pas le droit de dépister leurs salariés. Cette position est officialisée quelques jours plus tard avec la première version du « *Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19* » (ci-dessous « Protocole ») datée du 3 mai 2020 qui précise : « *Les campagnes de dépistage organisées par les entreprises pour leurs salariés ne sont pas autorisées.* »

En dépit de cette consigne gouvernementale figurant au sein d'un Protocole sanitaire, dont la force contraignante a beaucoup été discutée (7) (le Conseil d'État précisant *in fine* qu'il constitue un ensemble de recommandations sur la mise en œuvre pratique de l'obligation de sécurité de l'employeur (8)), la pratique du dépistage en entreprise s'est imposée au fil des mois.

De toute évidence, pour certains métiers, la question des tests est rapidement devenue cruciale à la poursuite de leur activité. Impossible en effet d'envisager la répétition d'un ballet, le tournage d'un film ou encore un match de foot dans les conditions de travail alors prévues dans le Protocole sanitaire... Ainsi, pour les artistes ou les sportifs, le respect des gestes barrières, comme la distanciation sociale ou encore le port du masque, ne pouvait être appréhendé de la même façon que dans les autres secteurs d'activité compte tenu de leur particularité, le dépistage devenant la seule alternative possible pour garantir aux salariés des conditions de travail sécurisées, même si le risque zéro de contamination ne pouvait pas être assuré.

À cette date, faute d'une réglementation *ad hoc*, c'est notamment au regard des dispositions de l'article L. 1121-1 du Code du travail et de la jurisprudence qui en découle que les DRH ont raisonné et qu'un certain nombre de principes directeurs ont pu être dégagés :

1. Proportionnalité ;
2. Volontariat des salariés ;
3. Complémentarité avec une stratégie globale de lutte contre les contaminations (gestes barrières) ;
4. Absence de sanction en cas de refus du salarié de se faire tester, afin de respecter les principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain de chaque salarié ;
5. Respect du secret médical ;
6. Conformité au RGPD pour les données sensibles de santé.

... à l'autorisation

L'aggravation de la situation sanitaire à l'automne 2020 et la décision d'un second confinement ont finalement conduit le Gouvernement et le ministère du Travail à faire évoluer leur position sur la question des tests en entreprise.

Ainsi, le Protocole sanitaire a été actualisé le 29 octobre 2020 pour permettre aux DRH de proposer des tests de dépistage aux salariés, le Gouvernement précisant par une circulaire du 14 décembre 2020 (9) les modalités générales de dépistage fixées par arrêté du 16 novembre 2020.

Dans sa dernière version actualisée au 30 juin 2021, le Protocole précise que les entreprises peuvent proposer à leurs salariés « volontaires » des actions de dépistage, via des tests antigéniques ou des autotests, intégralement financés par l'entreprise.

De telles campagnes de tests permettent donc de respecter son obligation de sécurité, en protégeant l'ensemble du personnel et de mettre en place les mesures de prévention adaptées, si le résultat du test s'avère positif, tout en aidant les autorités sanitaires pour le traçage et le suivi des éventuels cas contacts conformément aux recommandations du ministère du Travail (10).

Le principe du volontariat reste la valeur cardinale du dispositif : aucun dépistage ne peut être imposé au salarié, et le refus de se soumettre au test ne peut en aucun cas donner lieu à sanction. Autrement dit, hors de question de conditionner le retour sur site à un test de dépistage.

Par ailleurs, le secret médical doit être respecté. Le DRH ne peut donc pas demander à connaître le résultat du test et il appartient au seul salarié de décider ou non de le lui révéler.

Globalement, il ressort du corpus de textes aujourd'hui applicable que le Gouvernement a entendu faire preuve de proportionnalité sur la question des campagnes de dépistage.

L'intégrité physique des salariés est préservée dans la mesure où ces campagnes reposent sur le principe du volontariat, mais leur mise en œuvre permet aux entreprises de remplir leur obligation de sécurité de manière vraiment effective, s'agissant en particulier des activités pour lesquelles les autres mesures de protection ne peuvent pas être mises en œuvre.

Ainsi, à l'heure où de plus en plus de salariés s'appêtent à retrouver bureaux, open-space et autres salles de réunion, la mise en place au sein de l'entreprise de campagne de dépistage, si elle ne résout pas tout, peut permettre au DRH de tranquilliser les esprits et de rassurer les salariés avant leur retour, *a fortiori* dans un contexte où un certain relâchement des gestes barrières pourraient être observé, le port du masque n'étant plus obligatoire en extérieur depuis le 17 juin et le couvre-feu ayant pris fin le 20 juin.

QUID DES TESTS SÉROLOGIQUES ? La position du Gouvernement à ce sujet n'a pas évolué depuis la première mise en ligne du protocole sanitaire : « *S'agissant des tests sérologiques, les indications définies par les autorités sanitaires à ce stade ne permettent pas d'envisager des campagnes de tests sérologiques par les entreprises.* »

Il pourrait être intéressant de faire évoluer cette position. En effet, en l'état des données scientifiques actuelles, une seule dose de vaccin est administrée aux personnes ayant été infectées et possédant des anticorps. Or, comme on le sait, certaines personnes ont pu contracter la Covid-19 tout en étant asymptomatiques. Elles ignorent donc qu'elles n'auraient potentiellement besoin que d'une dose unique de vaccin.

Dans ce sens, le 3 juin 2021, la Haute autorité de santé (HAS) a recommandé l'utilisation des tests sérologiques rapides (TROD) en parallèle de la première dose de vaccin pour identifier les personnes infectées par le Sars-CoV-2 dont l'infection n'a pas été diagnostiquée. Elle expliquait à cet égard : « *On estime que 23 % de la population a été infectée, alors que 8 % seulement ont été dépistés par test PCR ou antigénique. Il serait donc utile d'identifier tous ceux qui ont été infectés sans le savoir : cela permettrait de simplifier le schéma vaccinal des personnes concernées, et de mieux protéger la population dans son ensemble en vaccinant plus rapidement plusieurs millions de personnes supplémentaires dans les créneaux et avec les doses ainsi libérées* » (11).

Des tests sérologiques pourraient ainsi potentiellement se justifier, moins dans une logique de prévention/protection, mais afin d'assurer une allocation optimale des doses de vaccins au sein de l'entreprise, en concertation avec la médecine du travail. Dans une telle hypothèse, il est certain qu'un tel dispositif ne pourrait être envisagé que sur la base du volontariat.

ACTE 2 : LA VACCINATION

La question de la vaccination en entreprise est un sujet délicat. Bien que plus d'un quart des français aient aujourd'hui un schéma vaccinal complet (12) et que la campagne vaccinale ait en définitive été assez bien suivie par la population française, le débat entre les pro et les anti-vaccination, qui peut être vif, ressort de l'intimité de chacun et partant n'a en principe pas sa place dans les murs de l'entreprise.

À cet égard, et très opportunément, au printemps dernier, alors que l'Europe entière débattait des vaccins et de la mise en place d'un passeport vaccinal, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) se penchait sur une affaire concernant la République Tchèque et décidait que :

« [...] lorsqu'il apparaît qu'une politique de vaccination volontaire est insuffisante pour l'obtention et la préservation de l'immunité de groupe, ou que l'immunité de groupe n'est pas pertinente compte tenu de la nature de la maladie (s'il s'agit, par exemple, du tétanos), les autorités nationales peuvent raisonnablement mettre en place une politique de vaccination obligatoire afin d'atteindre un niveau approprié de protection contre les maladies graves » (13).

Bien que l'affaire dont il était question en l'espèce soit sans rapport avec la pandémie actuelle (la Cour avait été saisie entre 2013 et 2015 par des parents d'élèves à propos de la vaccination obligatoire contre certaines maladies comme le tétanos en République Tchèque pour les jeunes enfants scolarisés), elle trouve une résonance évidente avec les enjeux du débat public actuel.

Preuve en est, le Gouvernement français était même intervenu à l'instance afin de souligner « *l'importance, pour les États, de pouvoir mettre en place une politique de santé publique efficace, permettant de lutter contre les maladies graves et/ou contagieuses, ce que la pandémie de Covid-19 aurait clairement démontré* ».

La vaccination contre la Covid-19 fait donc partie des priorités du Gouvernement depuis son lancement en décembre 2020, et contrairement aux hésitations qui ont pu entourer le lancement du dépistage en entreprise, dès le mois de février 2021, les DRH et en particulier leurs SST se sont retrouvés acteurs de premier plan dans le déploiement des vaccins à destination des salariés.

À la veille de l'été, la campagne de vaccination en entreprise s'est encore accélérée avec la possibilité donnée aux SST à la mi-juin de commander directement des doses de vaccin *Moderna* via le site internet du ministère de la Santé et un portail dédié (14).

S'il n'est pas question à ce stade pour les DRH de pouvoir inciter les salariés à se faire vacciner à renfort de bonus, de jours de congés supplémentaires ou encore de cartes cadeaux, comme le font certains grands groupes Outre-Atlantique, leur dispenser une information claire et documentée sur la vaccination peut sans doute contribuer à les aider à faire un choix éclairé en la matière et permettre à ceux qui le souhaitent de reprendre leur activité en présentiel avec un peu plus de sérénité. La perspective d'un plafond de verre en matière de vaccination en France, avec le risque d'une quatrième vague, a contraint le Président de la République, dans son allocution du 12 juillet dernier, à envisager une politique plus coercitive sur laquelle nous reviendrons dans le détail dans notre prochain numéro.

L'ENTREPRISE PEUT-ELLE RENDRE LA VACCINATION OBLIGATOIRE ? LE SALARIÉ PEUT-IL REFUSER LA VACCINATION ?

En l'état du droit positif, seuls certains vaccins à destination de certaines catégories de salariés sont rendus obligatoires par le Code de la santé publique (15) . Le vaccin contre la Covid-19 ne faisait pas, au 15 juillet, partie de cette liste et ne pouvait donc reposer que sur la base du volontariat et le consentement libre et éclairé du salarié (16) .

Le Gouvernement envisage toutefois, dans le projet de loi relatif à l'adaptation de nos outils de gestion de la crise sanitaire, que le personnel soignant et les salariés en contact avec le public justifient soit d'une première dose de vaccin avant le 1^{er} août, soit à défaut d'un test PCR/antigénique tous les deux jours à compter du 30 août.

A défaut, ces salariés ne pourraient plus exercer leur activité, le projet de loi précisant en outre que le fait pour l'un de ces salariés de ne plus pouvoir exercer son activité pendant deux mois puisse constituer un motif de licenciement *sui generis*.

S'il est enfin impossible aujourd'hui pour le DRH de réclamer des informations sur le statut vaccinal de ses salariés, lesquelles constituent une donnée sensible de santé doublement protégée au titre du secret médical et du respect du RGPD, les règles évolueront donc nécessairement sur ce point, s'agissant du personnel soignant et des salariés en contact avec le public.

POURQUOI VACCINER EN ENTREPRISE ?

Dans l'entreprise, la vaccination poursuit deux objectifs essentiels : protéger les salariés, notamment les plus vulnérables, et éviter la propagation du virus sur le lieu de travail et l'apparition de « cluster ». La fin du 100 % télétravail et le retour en présentiel des salariés s'accompagnent en effet d'un risque accru de contaminations sur le lieu de travail, d'autant que la saison estivale est propice aux moments de convivialité et à un certain relâchement des gestes barrières. Or, la vaccination, au même titre que les tests de dépistage, assure un rôle préventif.

Ainsi, dans le cadre du suivi individuel de l'état de santé des travailleurs, l'article R. 4426-6 du Code du travail prévoit que « *l'employeur recommande, s'il y a lieu et sur proposition du médecin du travail, aux travailleurs non immunisés contre les agents biologiques pathogènes auxquels ils sont ou peuvent être exposés, de réaliser, à sa charge, les vaccinations appropriées* ».

Le Protocole sanitaire encourage ainsi les DRH à informer les salariés qu'ils peuvent se faire vacciner par le SST de l'entreprise lorsque cela est possible. Le protocole les invite aussi à faciliter au maximum l'accès des salariés à la vaccination par d'autres biais (médecine de ville ou médecin traitant, pharmacie, centre de vaccination, etc.) et encourage salariés et employeurs à échanger sur le sujet.

Rappelons qu'il convient de diffuser cette information à l'ensemble des collaborateurs en privilégiant un support écrit récapitulatif, sans opérer évidemment de distinction entre les salariés en fonction de leur âge ou de leur état de santé connu ou supposé, et ce pour éviter toute discrimination.

COMMENT VACCINER LES SALARIÉS DE L'ENTREPRISE ? UN COLLABORATEUR PEUT-IL S'ABSENTER POUR CAUSE DE VACCINATION ?

Le salarié qui souhaite se faire vacciner peut contacter les SST de son entreprise afin de prendre un rendez-vous de vaccination. Dans ce cas, son absence pour vaccination est de droit. Il doit simplement informer son supérieur hiérarchique de son absence pour visite médicale, sans avoir à préciser le motif de cette visite.

Par ailleurs, les salariés en situation d'affection de longue durée exonérante (cancer, insuffisance cardiaque grave, polyarthrite, sclérose en plaques, diabète de type 1 et 2...) bénéficient d'une autorisation d'absence de droit pour cette vaccination rendue nécessaire par leur état de santé. L'employeur ne peut pas s'y opposer, comme le rappelle l'article L. 1226-5 du Code du travail et comme le confirme le Protocole sanitaire du ministère du Travail.

Le Gouvernement souhaite institutionaliser l'absence pour motif de vaccination qui constituerait du temps de travail effectif.

De manière générale, le Protocole incite au dialogue et à l'échange sur le sujet, et nous conseillons à toutes les parties prenantes de faire preuve d'écoute et de pédagogie. Il convient en effet de désamorcer les éventuelles tensions qui pourraient exister entre les salariés sceptiques et réticents à l'idée de se faire vacciner, les craintes de ceux que la fin du télétravail et le retour en présentiel, vaccinés ou non, angoissent et la volonté des DRH de promouvoir des solutions qui permettent d'assurer la poursuite de l'activité. Le tout étant une question d'équilibre que seul un dialogue social de qualité permet d'envisager.

Dans ces conditions, tests et vaccins, s'ils ne sont évidemment pas une solution miracle, offrent aux DRH des pistes de réflexion et d'action pour rendre cette rentrée un peu plus sereine...

QUID DU PASS SANITAIRE ? Le pass sanitaire permet de vérifier :

- le statut vaccinal ;
- ou le résultat d'un test RT-PCR négatif de moins de 48 heures ;
- ou le certificat de rétablissement d'une personne.

Il intègre, au 15 juillet, deux dispositifs :

- le pass sanitaire « activités » (événement de plus de 1 000 personnes en intérieur) ;
- le pass sanitaire « frontières » (certificat vert européen pour le contrôle sanitaire aux frontières).

À la date où nous mettons sous presse, il était question de l'étendre aux transports de longue distance, aux restaurants, aux événements de plus de 50 personnes...

Le Gouvernement a précisé que, dans les situations où le pass sera exigé, cette obligation pèsera non seulement sur le public accueilli, mais à partir de la fin de l'été également à l'ensemble des salariés d'une entreprise accueillant du public. Il envisage également des sanctions pour les entreprises qui ne respecteraient pas le contrôle du respect de ces règles vis-à-vis de leurs salariés qui seraient donc punies d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.

Alors que la progression du variant Delta inquiète, le Gouvernement semble décidé à mettre encore un peu plus à contribution les entreprises dans sa stratégie de prévention et de vaccination. Nous y reviendrons dans le détail dans notre prochain numéro.

Dans ce contexte, et alors que le droit positif français place l'entreprise face à un dilemme quasi cornélien entre le respect de l'intégrité physique des salariés et son obligation de sécurité, l'affaire Vavricka pourrait connaître un retentissement important et il est clair que les DRH n'en n'ont pas encore fini avec la gestion de cette pandémie.