



# Vaccination contre la Covid-19 en entreprise et passe sanitaire : une rentrée, mode d'emploi



**Frédérique CASSEREAU**  
Avocate associée  
**Cabinet Hoche**  
cassereau@hocheavocats.com



**Laura BOCAERT**  
Juriste en droit social  
**Cabinet Hoche**  
bocaert@hocheavocats.com

**D**epuis le 21 juillet, pour retourner dans les lieux culturels et se rendre dans les nombreux festivals qui jalonnent traditionnellement un été français, le passe sanitaire est devenu le sésame indispensable pour tout accueil du public au-delà de 50 personnes. Saisi en référé, le Conseil d'État avait refusé de suspendre la mesure <sup>(1)</sup> avant de valider l'essentiel du projet de loi préparé par le Gouvernement, tout

Le 12 juillet dernier, face à une forte reprise de l'épidémie, le Président Emmanuel Macron annonçait de nouvelles mesures pour lutter contre le variant Delta : la vaccination obligatoire pour certains salariés et l'extension du passe sanitaire à d'autres <sup>(2)</sup>. Mode d'emploi de ces nouvelles dispositions qui ont suscité beaucoup de questions pratiques et contraint de nombreux DRH à anticiper la rentrée.

en émettant une petite réserve sur un passe « justifié par l'intérêt spécifique de la mesure pour limiter la propagation de l'épidémie », mais ne devant pas avoir pour objectif « d'inciter les personnes concernées à se faire vacciner » <sup>(3)</sup>. Jeu d'équilibriste s'il en est... Le 9 août, le seuil de 50 personnes disparaissait et le passe était désormais exigé dans les cafés, les restaurants, les terrasses ou encore dans certains grands centres commerciaux de plus de 20 000 m<sup>2</sup>. Enfin, et contrairement aux premiers arbitrages arrêtés en la matière, le passe

(1) <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2021/07/12/adresse-aux-francais-12-juillet-2021>.

(2) <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-juge-des-referes-du-conseil-d-etat-ne-suspend-pas-l-extension-du-passe-sanitaire>.

(3) <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/avis-sur-un-projet-de-loi-relatif-a-la-gestion-de-la-crise-sanitaire>.



sanitaire allait devenir une obligation, non seulement pour le public, **mais aussi et surtout pour les salariés et les intervenants des lieux concernés**. La vaccination obligatoire de certains salariés était également décidée.

La crise de la Covid-19 a été riche d'enseignements et, s'agissant des règles applicables aux entreprises, les rebonds épidémiques, les revirements de dernière minute et les annonces gouvernementales ont appris aux DRH et professionnels du droit social à être réactifs et à improviser ! L'été 2021 n'a pas fait exception, et nombreux sont ceux qui ont dû adapter leurs procédures sanitaires au beau milieu de la trêve estivale, avec des textes qui ne permettaient pas toujours de répondre clairement aux interrogations légitimes des salariés, des représentants du personnel ou de la direction... En outre, les dispositions dont il est question font l'objet d'une contestation importante, comme en témoignent les nombreuses manifestations organisées au cours de l'été et on a d'ores et déjà pu constater que dans les entreprises les débats de société autour de la vaccination et du passe sanitaire se sont invités en CES, autour de la machine à café, dans les *open-space*, avec plus ou moins de virulence.

## QUELS SONT LES NOUVEAUX TEXTES DE RÉFÉRENCE ?

Comme à chaque fois depuis le début de la crise sanitaire, les choses sont allées très vite. Après l'engagement de la procédure accélérée sur le texte le 19 juillet 2021, **la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021** <sup>(4)</sup> relative à la gestion de la crise sanitaire a été publiée au Journal officiel du 6 août 2021. Elle avait été préalablement largement validée par le Conseil Constitutionnel <sup>(5)</sup>.

Les Sages de la rue de Montpensier ont toutefois censuré, comme on pouvait s'y attendre, une disposition de la loi qui permettait aux employeurs des secteurs concernés de rompre de manière anticipée le CDD ou le contrat d'intérim d'un salarié qui aurait refusé de présenter son passe sanitaire, alors que le licenciement des salariés en CDI pour le même motif était exclu, le législateur instaurant de ce fait

(4) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORF-TEXT000043909676>.

(5) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORF-TEXT000043909702>.

« *une différence de traitement entre les salariés selon la nature de leurs contrats de travail sans lien avec l'objectif poursuivi* ».

Complétée par plusieurs décrets publiés le 8 août 2021 (notamment le **décret n° 2021-1059 du 7 août 2021** <sup>(6)</sup>), les dispositions ont fait l'objet de plusieurs FAQ <sup>(7)</sup> des différents ministères, le droit souple continuant d'avoir la part belle dans l'élaboration de la norme juridique « Covid-19 ».

Enfin, une nouvelle version du **protocole sanitaire en entreprise** est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre dernier <sup>(8)</sup>.

## QUI EST CONCERNÉ PAR LES NOUVELLES MESURES ?

### Vaccination obligatoire

**Sauf contre-indication médicale**, la vaccination obligatoire concerne principalement les personnes travaillant dans les établissements et services sanitaires et médico-sociaux et les professionnels en contact avec des personnes vulnérables. Les salariés des entreprises extérieures intervenant ponctuellement et pour une très courte durée ne sont pas concernés. Cette obligation vaccinale se découpe en deux temps d'ici au 15 octobre 2021 :

- jusqu'au 14 septembre 2021 : les professionnels pouvaient présenter un certificat de rétablissement ou un test de non-contamination ;
- du 15 septembre au 15 octobre 2021 : les professionnels doivent pouvoir justifier de l'administration d'au moins une des doses requises dans le cadre du schéma vaccinal à plusieurs doses et du résultat d'un test de non-contamination.

Faute de parcours vaccinal complet le 16 octobre, les salariés ou agents publics pourront être **suspendus, sans rémunération. Un licenciement ou la rupture anticipée de contrat ne sont cependant pas possibles**, du moins, pour ce motif (*voir ci-dessous*).

(6) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043915443>.

(7) <https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/questions-reponses-par-theme/article/obligation-de-vaccination-ou-de-detener-un-passe-sanitaire-pour-certaines>.

(8) <https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/protocole-nationale-sante-securite-en-entreprise.pdf>.



## Extension du passe sanitaire

Le « passe sanitaire », vérifié via l'application *Tous-AntiCovid* ou en version papier, prouve la vaccination (schéma vaccinal complet) ou le résultat négatif d'un test virologique datant de moins de 72 heures (examen de dépistage RT-PCR, test antigénique ou autotest) ou le rétablissement de la Covid-19. Un document attestant d'une contre-indication médicale à la vaccination peut être présenté à la place de ces documents <sup>(9)</sup>.

Sont concernés par le passe les **lieux d'activités et de loisirs**, les **lieux de convivialité**, certains **transports publics** et les **grands magasins et centres commerciaux de plus de 20 000 m<sup>2</sup>**, sur décision du préfet du département, lorsque leurs caractéristiques et la gravité des risques de contamination le justifient, dès lors que l'accès à la vente de biens et services de première nécessité aux alentours est possible. Depuis le 8 septembre, le passe n'est cependant plus obligatoire dans les centres commerciaux des départements où le taux d'incidence est inférieur à 200 pour 100 000 habitants et en décroissance continue depuis au moins 7 jours <sup>(10)</sup>.

Depuis le **30 août 2021**, et le 30 septembre 2021 pour les mineurs, les **salariés, bénévoles, prestataires, intérimaires, sous-traitants** qui interviennent dans les **établissements où le passe sanitaire est demandé aux usagers** doivent également le présenter « *lorsque leur activité se déroule dans les espaces et aux heures où ils sont accessibles au public* ». Sont donc concernés les personnels de caisse, de vente, d'accueil, les artistes en représentation (le ministère de la Culture a exclu les répétitions dans une FAQ <sup>(11)</sup>), le personnel de sécurité, etc. En revanche, la majorité des personnels administratifs ou fonctions supports ne devrait pas être assujettie à l'obligation. De même, les livreurs ou les travailleurs intervenant en urgence ne sont pas concernés.

Mais que faire dans les lieux de passage où se côtoient les personnels qui travaillent dans des bureaux isolés et leurs collègues qui sont eux en

contact du public ? N'existe-t-il pas dans ce cas-là un risque tout aussi accru de contamination, qui au regard de la volonté du législateur devrait inciter à élargir le champ d'application du passe ?

La tentation a donc pu être grande pour les entreprises d'envisager un temps une généralisation totale du passe sanitaire à l'ensemble du collectif de travail. Solution pourtant invalidée par le ministère du Travail, qui a récemment rappelé à l'ordre le patron d'une entreprise de téléassistance qui souhaitait imposer le passe sanitaire à ses salariés, alors même que la société n'était pas concernée <sup>(12)</sup>.

Les arguments qui étaient avancés par le chef d'entreprise étaient cependant loin d'être dénués de pertinence. Ce dernier faisait notamment valoir que le passe sanitaire n'est pas exigé dans les lieux de restauration collective, alors qu'il l'est pour aller au restaurant. Or, le risque de contamination, accru lors d'un repas, est en définitive le même à la cantine du lieu de travail, au bar de l'« *afterwork* » hebdomadaire ou encore au restaurant où est organisé un déjeuner d'affaires. Si ce cas de figure semblait facile à trancher, reste que bon nombre de situations sont plus alambiquées et qu'il est difficilement concevable que l'on puisse reprocher aux entreprises un excès de zèle, alors même qu'elles sont tenues de protéger la santé et la sécurité des personnels.

Aussi, et même si les dispositions de la loi du 5 août 2021 sont d'interprétation stricte et prévoient par ailleurs des sanctions pour les entreprises trop zélées (*voir ci-dessous*), les arbitrages ne vont pas de soi et la prudence s'impose avant d'envisager des sanctions dans des situations qui s'avèreraient complexes et pour lesquelles il convient de privilégier le dialogue.

## QUI CONTRÔLE LES JUSTIFICATIFS ?

Dans le cadre de la vaccination obligatoire, c'est l'employeur qui doit contrôler le respect de cette obligation. En revanche, en matière de passe sanitaire, seul le responsable de l'établissement ou l'organisateur de l'évènement est autorisé à procéder aux contrôles

(9) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043915443?r=8ROjxCfNiq>.

(10) [https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2021/09/1346\\_-\\_application\\_du\\_pass\\_sanitaire\\_dans\\_les\\_centres\\_commerciaux.pdf](https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2021/09/1346_-_application_du_pass_sanitaire_dans_les_centres_commerciaux.pdf).

(11) <https://www.culture.gouv.fr/Aides-demarches/Covid-19-l-impact-de-la-situation-sanitaire-sur-le-monde-de-la-culture/Organisation-des-activites-culturelles/Cadre-general-des-activites?step=290272>.

(12) <https://www.lefigaro.fr/societes/une-entreprise-non-concernee-par-le-passe-sanitaire-veut-l-imposer-a-ses-salaries-20210906>.



des justificatifs. L'obligation n'incombera donc pas nécessairement toujours à l'employeur des salariés.

Rappelons que pour ce faire, les responsables doivent **habiliter nommément les personnes et services** autorisés à contrôler les justificatifs pour leur compte. Il peut s'agir du personnel d'accueil, de sécurité, du responsable hiérarchique, etc. Un registre détaillant les personnes et services ainsi habilités et la date de leur habilitation, ainsi que les jours et horaires des contrôles effectués doit être tenu. Enfin, c'est à l'employeur de fournir au salarié contrôleur le matériel nécessaire aux contrôles.

Cependant, une telle vérification **tous les matins ou à chaque entrée dans l'établissement** peut avoir pour conséquence un ralentissement ou une désorganisation des activités de l'entreprise.

Une dérogation a donc été prévue pour que l'employeur puisse informer les salariés concernés de la possibilité, **s'ils le souhaitent**, de lui **présenter leur justificatif de statut vaccinal complet**. Cette mesure lui permet de conserver le résultat du contrôle et de délivrer un titre spécifique permettant ensuite une **vérification simplifiée** afin de faciliter le contrôle du passe. On peut ainsi imaginer un badge spécial, un laissez-passer de couleur prédéfinie, une vignette, un pictogramme, etc.

Une autre question centrale à laquelle vont devoir répondre les DRH est celle de la **prise en charge des tests de dépistage**. En effet, le Gouvernement a annoncé cet été son intention de mettre fin au remboursement systématique des tests à la mi-octobre. Qui de l'employeur ou du salarié devra alors prendre en charge le coût des tests, nécessaires à tous les salariés non vaccinés, contraints d'en réaliser un nouveau toutes les 72 heures ? Ne faut-il pas considérer qu'il s'agit de frais professionnels ? Ils semblent en tout cas correspondre à la définition qu'en donne la Cour de cassation : *« les frais que le salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de son employeur »*. Le coût pourrait dès lors s'avérer non négligeable... Rappelons par ailleurs que le ministère précise dans son Questions-réponses que *« le temps nécessaire à la réalisation (y compris le temps d'attente) d'un test n'est pas du temps de travail effectif »*. À l'heure où nous rédigeons cet article, le ministère du Travail et le Gouvernement ne se sont pas prononcés sur le point de la prise en charge et il est possible que la

fin du remboursement des tests ne soit finalement décalée.

## QUEL RÔLE POUR LES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL ?

La loi prévoit, pour les CSE des entreprises de plus de 50 salariés, une obligation d'information-consultation sur la mise en place du contrôle du passe sanitaire ou de l'obligation vaccinale. Compte tenu des délais imposés par l'entrée en vigueur du texte, les modalités d'information-consultation du CSE ont été aménagées. Ainsi, dès la mise en œuvre des mesures, l'employeur doit informer le CSE. Cette information déclenche le délai de consultation du CSE d'un mois pour qu'il puisse rendre un avis.

Ce processus est une bonne occasion d'associer les représentants du personnel aux modalités pratiques de contrôle du « *passe sanitaire* » et de la vaccination obligatoire, afin de limiter le risque de contestation ultérieure, voire de contentieux collectif (grèves) ou individuel, et de s'assurer de la bonne mise en œuvre des mesures. Il s'agira aussi pour les DRH d'associer les élus à la définition des postes soumis ou non à l'obligation de présentation du passe sanitaire, afin d'anticiper les critiques et les réclamations futures, faire preuve de pédagogie et répondre aux interrogations légitimes des élus et des salariés qu'ils représentent sur les sanctions éventuelles.

## QUELLES SONT LES « SANCTIONS » ET QUI EST RESPONSABLE ?

### Pour le salarié

À défaut de se conformer aux nouvelles obligations légales, les salariés concernés risquent une **suspension de leur contrat de travail**. Quelle nature revêt cette suspension ? Le texte ne la présente jamais comme une sanction disciplinaire, elle devrait donc à notre sens s'analyser comme un nouveau mode de suspension légitime du contrat de travail.

Face à un salarié récalcitrant ou même franchement hostile, une première solution offerte à l'employeur est de lui permettre de poser des jours de congés ou de repos afin d'éviter la suspension de son contrat de travail.



Les textes prévoient qu'à partir du troisième jour suivant le début de la suspension du contrat, l'employeur organise un entretien avec le salarié au cours duquel seront examinés les **moyens de régulariser sa situation**. Elle peut prendre la forme d'un reclassement temporaire à un poste non soumis à l'obligation si les besoins et l'organisation de l'entreprise le permettent ou le télétravail, lorsqu'il est possible. Rappelons qu'un avenant au contrat de travail, signé par le salarié, sera nécessaire pour modifier l'affectation du salarié si elle emporte une modification de son contrat de travail. Le ministère précise en outre que tout doit être mis en œuvre pour régulariser la situation et, en cas de contentieux, la recherche d'affectation temporaire sera un des éléments que le juge pourrait prendre en compte.

Le ministère précise en outre qu'« *en cas d'une situation de blocage persistante, les procédures de droit commun concernant les contrats de travail peuvent s'appliquer* ». Néanmoins, dans la mesure où le motif *sui generis* de licenciement pour non-présentation du passe sanitaire a été supprimé du texte de loi définitif, il apparaît risqué de licencier le collaborateur dans une telle hypothèse et l'on peut légitimement s'interroger sur le motif à invoquer dans la lettre de licenciement : absence prolongée désorganisant l'entreprise et imposant le remplacement définitif ? L'issue contentieuse apparaît plus qu'incertaine...

## Pour l'entreprise

Pour l'entreprise qui ferait trop de zèle en réclamant un passe sanitaire alors qu'il ne s'avèrerait pas obligatoire une peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende sont encourus.

À l'inverse, celles qui n'effectuent pas les contrôles s'exposent à une mise en demeure, puis à une fermeture administrative. La sanction est particulièrement dissuasive. Elles encourent ensuite jusqu'à 9 000 € d'amende et un an de prison si l'infraction est constatée à trois reprises en 45 jours.

## POUR COMBIEN DE TEMPS ?

Pour le moment, ces dispositions sont applicables jusqu'au 15 novembre 2021 <sup>(13)</sup>.

(13) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043909676>.

## QUELS SONT LES APPORTS DU NOUVEAU PROTOCOLE SANITAIRE EN ENTREPRISE ?

### La rentrée sonne-t-elle le glas du télétravail ?

Le **télétravail** obligatoire a pris fin, et le protocole ne prévoit désormais plus d'obligation pour les employeurs de fixer un nombre de jours minimal de télétravail chaque semaine. Les entreprises peuvent donc à nouveau librement adapter les règles encadrant le télétravail et demander à leurs salariés de revenir à 100 % en présentiel.

Cependant, les 18 derniers mois auront permis aux entreprises d'expérimenter et d'appréhender concrètement ce mode d'organisation du travail en distanciel, et il semble donc qu'un retour à la situation « *d'avant Covid* » soit peu probable, comme en témoigne le nombre important d'accords négociés ces derniers mois sur le sujet ou de chartes.

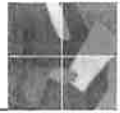
Gageons que les conseils des entreprises sauront épauler leurs clients pour permettre à tous, salariés, employeurs et managers, de trouver leurs nouvelles marques dans le cadre d'un télétravail désormais choisi et non subi.

### Bientôt la fin du masque en entreprise ?

Si le **port du masque** reste la règle en entreprise, il est désormais possible d'en dispenser les salariés concernés par la présentation du passe sanitaire dès lors que le leur est valide. Ce n'est toutefois pas ce que nous recommandons dans le contexte sanitaire actuel. En effet, rappelons que l'employeur reste tenu d'une obligation de sécurité. Or, en l'état des connaissances scientifiques et des études médicales disponibles, il apparaît que la vaccination n'empêche pas la contamination, et que les gestes barrières comme le port du masque sont donc plus que jamais nécessaires pour se protéger efficacement des variants.

### Quelles règles applicables pour les salariés vulnérables ?

Les **salariés vulnérables** étaient jusqu'à présent maintenus en télétravail si cela était possible. À défaut, et sous certaines conditions, ils étaient pla-



cés en activité partielle ou pouvaient percevoir des indemnités journalières dérogatoires.

Le décret n° 2021-1162 du 8 septembre 2021 a restreint les conditions qu'ils doivent désormais remplir s'agissant de l'activité partielle.

À partir du 27 septembre 2021, **les plus vulnérables** qui ne peuvent pas télétravailler n'en bénéficient que s'ils remplissent, à la fois, les quatre conditions suivantes :

- justifier d'un critère de vulnérabilité au Covid-19 visés dans l'article 1<sup>er</sup> du décret précité ;
- être affecté à un poste susceptible d'exposition à de fortes densités virales ;
- ne pas pouvoir télétravailler à 100 % ;
- ne pas pouvoir disposer de mesures de protection renforcées.

En bénéficiant également, sous réserve d'une attestation médicale, les salariés sévèrement immunodéprimés ne pouvant pas totalement télétravailler

Il en va enfin de même des **salariés vulnérables** répondant aux critères ci-dessus, appréciés par un médecin, et produisant un certificat médical de contre-indication à la vaccination.

Les salariés vulnérables concernés pourront bénéficier des indemnités versées au titre de l'activité partielle jusqu'au **31 décembre 2021** <sup>(14)</sup>.

## Les salariés peuvent-ils s'absenter pour aller se faire vacciner ?

Les employeurs doivent favoriser la **vaccination** de leurs salariés. À ce titre, des autorisations d'absence pendant les heures de travail sont prévues, sans baisse de la rémunération. Elles sont par ailleurs assimilées à du temps de travail effectif, mais seulement pour leur droit à congés et ceux, d'origine légale ou conventionnelle, liés à l'ancienneté. La durée de l'absence pour se faire vacciner doit **être raisonnable**. Les employeurs peuvent demander au salarié la confirmation du rendez-vous ou un justificatif de la réalisation de la vaccination.

## CONCLUSION

Entre les obligations vaccinales et de présentation du passe sanitaire, d'une part, et la mise à jour du protocole sanitaire en entreprise depuis le 1<sup>er</sup> septembre, d'autre part, les DRH auront à coup sûr passé une rentrée studieuse à l'image des 18 derniers mois qui viennent de s'écouler. Il semblerait qu'un nouveau variant « Mu », que l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a placé le 1<sup>er</sup> septembre dernier dans la catégorie des « *variants à suivre* » <sup>(15)</sup>, inquiète déjà les autorités sanitaires. Sans jouer les Cassandra, une prolongation de ces nouvelles règles au-delà du 15 novembre, voire de nouvelles dispositions plus contraignantes semblent probables. La veille continue, alors même que les sujets RH du quotidien ont eux aussi fait leur rentrée. ♦

(14) L. n° 2020-473, 25 avr. 2020, art. 20 modifié.

(15) <https://news.un.org/fr/story/2021/09/1102852>.