



## **Questions-réponses FNTR : Aspects sociaux de la crise sanitaire résultant du coronavirus (Covid-19)**

### Contents

Contents.....	1
Contextualisation.....	10
Partie 1 : Eléments de définition liés au COVID-19 (coronavirus) et conséquences de la crise sanitaire sur les relations économiques et sociales.....	10
<b>1/ Quel est le contexte du virus nommé «coronavirus» et des risques présentés par une pandémie ?</b> .....	10
<b>2/ Quelles sont les personnes qui connaissent les risques les plus élevés de contracter le coronavirus ?</b> .....	11
<b>3/ Le coronavirus peut-il constituer, juridiquement, un cas de force majeure ?</b> .....	11
<b>4/ Les conséquences de la crise sanitaire provoquée par le coronavirus peuvent-elles caractériser un cas de force majeure ?</b> .....	14
Partie 2 : Les obligations de l'employeur en matière de santé et sécurité et l'adaptation des contrôles des services de l'Inspection du Travail (SIT).....	17
<b>5/ Le coronavirus génère-t-il en tant que tel de nouvelles obligations pour les entreprises ?</b> .....	17
<b>6/ Quelles sont les mesures de prévention des risques qui incombent à l'employeur en application des dispositions du Code du travail ?</b> .....	18
<b>7/ Qu'est-ce que le document unique d'évaluation des risques professionnels (DUER) ?</b> .....	19
<b>8/ La mise à jour du document unique d'évaluation des risques (DUER) nécessite-t-elle la consultation préalable du comité social et économique (CSE) ?</b> .....	21
<b>9/ Quel est le cadre juridique applicable aux masques de protection ?</b> .....	22
<b>10/ Quels sont les fondements juridiques des obligations de prévention des risques professionnels pesant sur les entreprises ?</b> .....	25
<b>11/ Quelles sont les adaptations des contrôles réalisées par les services de l'Inspection du Travail dans le cadre de la crise sanitaire ?</b> .....	26
Partie 3 : La responsabilité juridique (civile et pénale) de l'employeur dans le cadre de la crise sanitaire.....	26
<b>12/ La crise sanitaire peut-elle exclure la responsabilité juridique du chef d'entreprise et de l'entreprise en tant que personne morale ?</b> .....	26
<b>13/ Le Covid-19 peut-il engendrer la qualification d'accident du travail ?</b> .....	27
<b>14/ Le Covid-19 peut-il engendrer la qualification de maladie professionnelle ?</b> .....	28
<b>15/ Quelle est l'articulation entre la notion de faute inexcusable et les notions d'accident du travail et de maladie professionnelle ?</b> .....	30
<b>16/ Peut-il y avoir assouplissement ou exonération de responsabilité de l'employeur suite à la signature par des salariés de décharges de responsabilité ?</b> .....	30

<b>17/ Quel est le degré de responsabilité pénale de l'employeur liée à la crise sanitaire actuelle ?</b> .....	31
<b>18/ Quels sont les risques juridiques résultant de l'application des dispositions de droit commun du Code du travail ?</b> .....	32
Partie 4 : La portée du contrôle des juges sur l'activité des entreprises durant la période de crise sanitaire.....	35
<b>19/ Quelles sont les adaptations exigées par les juges en matière de mesures de prévention des risques liés au coronavirus ?</b> .....	35
<b>20/ Les entreprises sont-elles tenues de fournir des masques FFP 2 aux salariés ?</b> .....	39
<b>21/ Les entreprises en contact avec des clients sont-elles tenues de leur imposer le port de masques de protection ?</b> .....	39
<b>22/ Les masques chirurgicaux et les gants constituent-ils juridiquement des équipements de protection individuelle (EPI) ?</b> .....	40
<b>23/ Les entreprises sont-elles tenues de préciser la durée obligatoire entre deux lavages de mains ou entre chaque changement de gants ?</b> .....	40
<b>24/ Le coronavirus constitue-t-il un agent biologique pathogène au sens des dispositions du Code du travail ?</b> .....	40
<b>25/ Existe-t-il des critères judiciaires de validité des reprises d'activités des entreprises ?</b> .....	42
<b>26/ A quelles obligations de formation des salariés directement en rapport avec le Covid-19 oblige-t-elle les entreprises ?</b> .....	43
<b>27/ Quel est le degré d'intervention de l'employeur en matière de prévention du risque lié au coronavirus exigé par la jurisprudence ?</b> .....	44
Partie 5 : La rédaction d'un guide paritaire des bonnes pratiques dans les transports routiers de marchandises (TRM) et les activités de prestations logistiques.....	45
<b>28/ Le guide paritaire des bonnes pratiques : de quoi s'agit-il ?</b> .....	46
<b>29/ Quels sont les principaux points du guide paritaire des bonnes pratiques ?</b> .....	46
<b>30/ Quelle est la valeur juridique du guide paritaire des bonnes pratiques ?</b> .....	47
Partie 6 : Les obligations réglementaires et préconisations des pouvoirs publics portant sur l'organisation des transports de marchandises en période de crise sanitaire.....	49
<b>31/ Quelles sont les mesures destinées à éviter la propagation du virus ?</b> .....	50
<b>32/ Quelles sont les conséquences pour le donneur d'ordre ou le réceptionnaire de site du respect des mesures impératives réglementairement prévues ?</b> .....	50
<b>33/ Quelles sont les modalités de remise et de signature des documents de transport ?</b> .....	50
<b>34/ Quelles sont les modalités de livraison ?</b> .....	50
<b>35/ Les fiches métiers mises en place par les pouvoirs publics : de quoi s'agit-il ?</b> .....	51
Partie 7 : Les évolutions de la gestion de l'organisation du travail dans l'entreprise confrontée au coronavirus et à l'état d'urgence sanitaire.....	53
<b>36/ L'employeur peut-il prendre des mesures de modification de l'organisation du travail en cas de pandémie avérée ?</b> .....	53
<b>37/ L'employeur supporte-t-il des obligations spécifiques d'information et de formation ?</b> .....	54
<b>38/ L'entreprise supporte-t-elle des obligations particulières au regard d'un épisode de canicule ?</b> .....	54
<b>39/ Les obligations des entreprises en matière d'entretiens professionnels sont-elles adaptées en raison de la crise sanitaire ?</b> .....	56
<b>40/ Les formations obligatoires (type FCO) auxquelles sont assujetties les entreprises de transports routiers et les salariés peuvent-elles faire l'objet de mesures dérogatoires visant à proroger leur validité en raison de la crise</b>	

sanitaire ?.....	57
41/ Quelles sont les mesures dérogatoires, destinées à permettre de maintenir les opérations de transport, qui sont prévues par les dispositions du droit de l'Union européenne ?.....	59
42/ Les conducteurs routiers sont-ils exonérés de leurs obligations de formation professionnelle pendant la période d'état d'urgence sanitaire ?.....	61
43/ La partie théorique des FCO peut-elle être dispensée par visio-conférence ?.....	61
44/ Les FCO peuvent-elles être dispensées en interne pendant la période d'état d'urgence sanitaire ?.....	61
45/ Les conducteurs dont les permis de conduire ont expiré à partir de la période de confinement peuvent-ils continuer à conduire ?.....	61
46/ Quelles sont les dérogations applicables en matière de contrats en alternance (contrat d'apprentissage et contrat de professionnalisation) ?.....	62
47/ Le dispositif du Fonds National de l'Emploi (FNE)-formation est-il un mécanisme spécifique permettant d'assurer des formations aux salariés placés en activité partielle pendant la période de crise sanitaire ?.....	62
48/ Existe-t-il des reports d'échéances sur les obligations des entreprises en matière de santé et de sécurité ?.....	65
49/ Quel est l'impact de la crise sanitaire sur les élections professionnelles du comité social et économique (CSE) ?.....	65
50/ La procédure d'information/consultation du comité social et économique (CSE) est-elle suspendue pendant la période de crise sanitaire ?.....	66
51/ Les délais d'information-consultation du comité social et économique (CSE) sont-ils adaptés en raison de la crise sanitaire ?.....	67
52/ Quelles sont les règles applicables aux élus du personnel en période de crise sanitaire liée au Covid-19 ?.....	68
53/ A quelles conditions des mesures d'activité partielle peuvent-elles être mises en place en cas de pandémie ?.....	68
54/ Existe-t-il un dispositif d'activité partielle modulé temporaire mis en place par les pouvoirs publics ?.....	70
55/ Existe-t-il un cadre général concernant l'application de l'activité partielle aux personnes qualifiées de «personnes vulnérables» ainsi qu'aux personnes chargées de garder un enfant ?.....	72
56/ Qu'est-ce que le dispositif d'activité partielle de longue durée (dit dispositif APLD) créé dans le cadre des mesures d'urgence contre le Covid-19 (mais également applicable dans le contexte de crises multiples)?.....	73
57/ Quel est le régime juridique de l'indemnisation de l'activité partielle ?.....	78
58/ Existe-t-il une prise en compte des spécificités des transports routiers en matière d'activité partielle ?.....	79
59/ Quelles sont les précisions générales (sans spécificité sectorielle) apportées par l'administration du travail sur les modalités de mise en œuvre de l'activité partielle ?.....	79
60/ Quelles sont les précisions apportées par la DGEFP concernant les particularités du décompte des heures de travail au titre de l'activité partielle dans les activités des transports routiers ?.....	80
61/ Une entreprise de transport routier dont certains conducteurs sont placés en activité partielle peut-elle valablement recruter un jeune dans le cadre d'un contrat d'apprentissage et qui ne débuteraient l'exercice réel de l'activité qu'avec plusieurs mois d'écart ?.....	81
62/ Une entreprise exerçant des activités de prestations logistiques, confrontée à certains cas de contamination de salariés au covid-19, peut-elle valablement anticiper ce type d'absence en recourant à du personnel intérimaire au motif de	

<b>«formation pour anticipation d'éventuels cas positif ou contact», sans remettre en question son dossier d'activité partielle ?</b> .....	82
<b>63/ Quel est le contrôle exercé par les pouvoirs publics sur l'utilisation de l'activité partielle par les entreprises ?</b> .....	82
<b>64/ L'administration peut-elle décider de revenir a posteriori sur l'autorisation d'activité partielle donnée à une entreprise ?</b> .....	83
<b>65/ L'administration peut-elle exiger un remboursement des «trop-perçus» d'indemnisation d'activité partielle par les employeurs ?</b> .....	83
<b>66/ Comment s'effectue l'articulation entre le mécanisme d'activité partielle et le régime des arrêts maladie ?</b> .....	84
<b>67/ Quelles sont les orientations du Ministère du Travail concernant l'articulation entre l'activité partielle et la garde d'enfants ?</b> .....	84
<b>68/ L'employeur dispose-t-il de leviers d'actions sur les congés-payés et les jours de repos et de RTT pour faire face à l'épidémie de coronavirus ?</b> .....	85
<b>69/ Existe-t-il des dispositions dérogatoires facilitant, pour les entreprises, le recours aux CDD, l'intérim ainsi qu'au au prêt de main d'œuvre ?</b> .....	87
<b>70/ Existe-t-il, à la charge des entreprises, une obligation de versement d'une prime aux salariés en raison de l'épidémie actuelle ?</b> .....	87
<b>71/ Les entreprises sont-elles tenues de mettre en place un plan de continuité d'activité (PCA) en cas de pandémie ?</b> .....	89
<b>72/ Quelles sont les conséquences du coronavirus sur les mesures de protection qui sont parfois exigées par des donneurs d'ordre ou les réceptionnaires de site ainsi que sur le contenu du protocole de sécurité ?</b> .....	90
<b>73/ Quels sont les établissements dont les activités ont été mises à l'arrêt par les pouvoirs publics ?</b> .....	93
<b>74/ Quel est le sort des promesses unilatérales d'embauche, contrats ou offres de contrats de travail et périodes d'essais en raison de la crise sanitaire actuelle ?</b> .....	94
Partie 8 : Selon quelles modalités peut-on valablement signer des accords collectifs pendant la période d'état d'urgence sanitaire ?.....	94
<b>75/ Les accords collectifs peuvent-ils être signés à l'aide d'une signature électronique ?</b> .....	94
<b>76/ Existe-t-il une procédure adaptée pour le dépôt d'un accord de branche ?</b> .....	95
Partie 9 : L'entreprise confrontée aux cas avérés d'infection de salariés ou de leurs proches, à des mises en quarantaine préventives, à des personnes identifiées comme étant à risques, ou au suivi des salariés.....	95
<b>77/ Quelle est la procédure à suivre par l'employeur en cas de découverte d'une contamination d'un salarié dans l'entreprise ?</b> .....	95
<b>78/ Quelle est la procédure à suivre par l'employeur en cas de découverte d'une contamination d'un salarié appartenant à l'entreprise mais en déplacement professionnel ?</b> .....	98
<b>79/ Existe-t-il un arrêt de travail spécifique (dérogatoire) pour le salarié ayant des symptômes du covid-19 ou étant considéré comme un «cas contact» ?</b> .....	98
<b>80/ L'entreprise peut-elle mener une politique généralisée de tests à l'égard de ses salariés afin de déterminer s'ils sont infectés par le Covid-19 ?</b> .....	99
<b>81/ Quelle est la réglementation applicable aux tests de dépistage du covid-19 ?</b> .....	101
<b>82/ En quoi consiste l'application Tous Anti Covid mise en place par les pouvoirs publics ?</b> .....	102
<b>83/ Quelles sont les évolutions de l'application Tous Anti Covid et le contrôle de la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL)?</b> .....	103
<b>84/ L'entreprise peut-elle imposer à ses salariés l'utilisation de l'application Tous anti-Covid ?</b> .....	104

<b>85/ Comment les pouvoirs publics définissent-ils un cas contact ?</b> .....	104
<b>86/ Quels sont les principes généraux relatifs à l'isolement des personnes malades (infectées par le covid-19) ?</b> .....	105
<b>87/ Que doit faire l'entreprise confrontée au cas d'un salarié, sans symptôme d'infection au Covid-19, mais s'étant trouvé au contact de personnes infectées par le Covid-19 ?</b> .....	106
<b>88/ Dans quelle situation juridique les salariés parents contraints de garder leur enfant en cas de fermeture de la classe de celui-ci se trouvent-ils ?</b> .....	107
<b>89/ Quel est le cadre juridique des arrêts de travail dits dérogatoires ?</b> .....	108
<b>90/ La médecine du travail peut-elle intervenir dans la procédure d'arrêt de travail d'un salarié suspecté d'avoir contracté le coronavirus ou dont l'infection est avérée ?</b> .....	109
<b>91/ Existe-t-il un certificat de reprise du travail ou de non-contagiosité ?</b> .....	110
<b>92/ L'indemnisation complémentaire par l'employeur des arrêts maladie actuels est-elle soumise au délai de carence légal ?</b> .....	110
<b>93/ L'indemnisation complémentaire de l'employeur des arrêts maladie actuels est-elle soumise à l'application de la carence prévue par les dispositions de la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport ?</b> .....	111
<b>94/ Que se passe-t-il si l'employeur demande à un salarié de demeurer à son domicile ?</b> .....	112
<b>95/ Quelle est la situation, au regard du droit du travail français, d'un salarié qui serait placé en quarantaine dans un Etat étranger en raison d'une suspicion de coronavirus ?</b> .....	113
<b>96/ Quelles sont les conséquences sur les relations de travail de l'isolement de 10 jours d'un salarié français revenant de l'étranger ou se rendant en Outre-Mer ?</b>	113
<b>97/ Quelle est la situation de personnes considérées par les pouvoirs publics comme présentant des risques particuliers susceptibles d'engendrer une forme sévère du coronavirus ?</b> .....	114
<b>98/ Comment l'employeur peut-il identifier des personnes à risque dans son entreprise ?</b> .....	115
<b>99/ Quelles sont les conséquences de la crise sanitaire sur l'organisation du suivi médical des salariés ?</b> .....	115
Partie 10 : L'entreprise confrontée aux réactions de ses salariés.....	116
<b>100/ Un salarié peut-il refuser de se rendre à son travail ou d'effectuer, pour un personnel roulant, un trajet dans un endroit déterminé en se fondant sur son droit de retrait du fait de la pandémie ?</b> .....	116
<b>101/ Un salarié se sachant infecté par le coronavirus mais continuant à travailler commet-il une faute disciplinaire (pouvant aller jusqu'à un licenciement disciplinaire)?</b> .....	118
<b>102/ L'employeur peut-il sanctionner disciplinairement un salarié refusant d'appliquer les procédures de sécurité destinées à lutter contre la propagation du Covid-19 ?</b> .....	119
<b>103/ Le salarié dispose-t-il d'un droit au refus d'être testé dans le cadre d'une politique de dépistage destinée à freiner ou empêcher la propagation du covid-19 ?</b> .....	120
Partie 11 : Le cadre juridique spécifique de l'activité des entreprises et des salariés face à l'épidémie de covid-19 entre le 1 <sup>er</sup> septembre 2020 et le 13 mars 2022 : le protocole national sanitaire (anciennement appelé protocole national de déconfinement).....	121
<b>104/ Le protocole national sanitaire : de quoi s'agissait-il ?</b> .....	121
<b>105/ Quel était le contenu du protocole national sanitaire ?</b> .....	122
<b>106/ Le protocole national sanitaire imposait-il aux entreprises la mise en place</b>	

<b>d'un référent Covid-19 ?</b> .....	125
<b>107/ Quelles étaient les obligations pesant sur l'employeur en matière de port de masques de protection anti-covid-19 dans l'enceinte de l'entreprise ?</b> .....	126
<b>108/ Quelle procédure l'employeur devait-il suivre pour valablement mettre en place une mesure de port de masques de protection anti-covid-19 en entreprise ?</b> .....	128
<b>109/ Le protocole national sanitaire autorisait-il l'employeur à imposer à ses salariés, s'il l'estime nécessaire, un port généralisé du masque de protection au sein des locaux ou dans le cadre de la prestation de travail ?</b> .....	129
<b>110/ Un salarié pouvait-il valablement refuser de porter, dans les locaux de l'entreprise ou au lieu au sein duquel s'exerce la prestation de travail, un masque de protection lorsque celui-ci était imposé par l'employeur ?</b> .....	129
<b>111/ Le protocole national sanitaire imposait-il aux entreprises le respect d'un formalisme spécifique en matière d'organisation du travail ?</b> .....	129
<b>112/ Le protocole national sanitaire prévoyait-il la mise en place de règles spécifiques en matière de restauration collective ou de prise de repas en entreprise ?</b> .....	130
<b>113/ Quel était l'impact du protocole national sanitaire sur la reprise du travail et l'exercice éventuel par les salariés de leur droit de retrait ?</b> .....	131
<b>114/ Existait-il des dispositions spécifiques pour le retour ou la présence sur les lieux de travail des personnes dites vulnérables ?</b> .....	131
<b>115/ Le protocole national sanitaire a-t-il pris en considération le passe vaccinal mis en place par la loi du 22 janvier 2022 ?</b> .....	132
<b>116/ Quelle était la valeur juridique du protocole national sanitaire et du questions-réponses édicté par le Ministère du travail pour le compléter ?</b> .....	132
Partie 12 : L'application aux entreprises, à compter du 14 mars 2022, du «guide-repère» établi par le Ministère du Travail.....	136
<b>117/ Le «guide repère des mesures de prévention des risques de contamination au covid-19» : de quoi s'agit-il ?</b> .....	136
<b>118/ Quel est le contenu du «guide repère des mesures de prévention des risques de contamination au covid-19» ?</b> .....	136
<b>119/ Quel l'impact du «guide repère» des pouvoirs publics sur la possibilité pour l'employeur de conserver certaines mesures de restrictions sanitaires ?</b> .....	137
Partie 13 : La gestion sociale par l'entreprise des conséquences économiques liées à la crise sanitaire.....	138
<b>120/ L'entreprise peut-elle unilatéralement décider de faire baisser les salaires de son personnel afin de faire face à la crise liée au Covid-19 ?</b> .....	138
<b>121/ Une baisse des salaires des salariés est-elle possible par voie d'accord collectif d'entreprise ?</b> .....	139
<b>122/ L'entreprise peut-elle procéder à des licenciements pour motif économique en invoquant une baisse d'activité liée à l'épidémie résultant du Covid-19 ?</b> .....	140
<b>123/ L'entreprise peut-elle utiliser un mécanisme permettant de monétiser des jours de repos et de congés dans le cadre d'une solidarité financière entre les salariés ?</b> .....	141
<b>124/ L'entreprise peut-elle bénéficier d'assouplissements quant aux modalités de recours à des contrats de travail dits «précaires» ?</b> .....	142
<b>125/ Le recours par les entreprises au prêt de main-d'œuvre pendant la période de crise sanitaire est-il facilité ?</b> .....	142
<b>126/ Dans quelle mesure les entreprises peuvent-elles invoquer la crise sanitaire pour imposer aux salariés la prise de jours de repos, modifier les dates des congés payés ou modifier les dates de jours de repos, et ce par dérogation aux dispositions conventionnelles et légales applicables ?</b> .....	143

Partie 14 : La gestion administrative de la crise sanitaire.....	144
<b>127/ Prévention du coronavirus : quels sont les principes posés par la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) en matière de collecte de données relatives à la santé des salariés ?</b> .....	144
<b>128/ Existe-t-il un traçage mis en place par les pouvoirs publics dans le cadre de la lutte contre la pandémie de covid-19 ?</b> .....	145
Partie 15 : Les mesures de soutien aux entreprises dans la gestion, l'organisation et le développement de leur activité dans le cadre de la crise sanitaire.....	147
<b>129/ Existe-t-il un soutien de l'Etat aux TPE-PME en matière de prestation de conseil en ressources humaines ?</b> .....	147
Partie 16 : L'état d'urgence sanitaire.....	148
<b>130/ L'état d'urgence sanitaire : de quoi s'agit-il ?</b> .....	148
<b>131/ Les entreprises sont-elles tenues de stocker des masques de protection dans le cadre de la politique de prévention de la pandémie résultant du covid-19 ?</b> .....	149
Partie 17 : Les mesures d'exception (couvre-feu, confinement, fermetures des frontières, autres) adoptées pendant la période d'état d'urgence sanitaire.....	149
<b>132/ A quelles conditions l'Etat peut-il mettre en place, sur tout ou partie du territoire national, un dispositif de couvre-feu ?</b> .....	150
<b>133/ Quelles sont les modalités et les conséquences de la mise en place de dispositifs de couvre-feu sur tout ou partie du territoire ?</b> .....	150
<b>134/ Existe-t-il, en l'état actuel de la législation, des mesures de confinement et/ou de couvre-feu sur tout ou partie du territoire national ?</b> .....	151
<b>135/ Quelle est la valeur juridique des attestations de déplacements élaborées par les pouvoirs publics en périodes de restrictions ou d'interdictions de déplacements des personnes physiques ou morales ?</b> .....	152
<b>136/ Quel est l'impact des modifications relatives au couvre-feu sur les transports routiers ?</b> .....	153
<b>137/ Quel est l'impact des restrictions de déplacement sur les transports routiers ?</b> .....	153
<b>138/ Qu'est-ce qu'un confinement ?</b> .....	155
<b>139/ Existe-t-il un cadre juridique du télétravail pendant la période de crise sanitaire ?</b> .....	156
<b>140/ Quelles sont les modalités d'organisation du télétravail préconisées par les pouvoirs publics pendant la période de crise sanitaire ?</b> .....	157
<b>141/ Quel est le régime juridique du télétravail pendant la période de crise sanitaire ?</b> .....	158
<b>142/ Un salarié peut-il valablement refuser d'être placé en situation de télétravail par son employeur ?</b> .....	160
<b>143/ Un salarié contaminé au covid-19 peut-il engager la responsabilité de l'employeur en lui reprochant de ne pas l'avoir placé en situation de télétravail ?</b> .....	161
<b>144/ Un salarié peut-il imposer une situation de télétravail à son employeur et s'autoproclamer télétravailleur ?</b> .....	161
<b>145/ Quel est le cadre juridique de l'attribution des titres-restaurants pour des salariés placés en télétravail ?</b> .....	161
<b>146/ Existe-t-il un appui de la part de l'Etat destiné aux TPE-PME concernant le recours au télétravail pendant la période de crise sanitaire ?</b> .....	162
<b>147/ Quelle est la problématique liée aux restaurants routiers en cas de confinement et//ou de couvre-feu décidé par les pouvoirs publics ?</b> .....	162
<b>148/ Quelles sont les règles applicables aux restaurants d'entreprises en période de crise sanitaire ?</b> .....	164

<b>149/ Quelles sont les règles applicables à la restauration dans les entreprises en période de crise sanitaire ?</b>	165
<b>150/ Quelles sont les règles applicables aux déplacements internationaux dans le cadre de la crise sanitaire ?</b>	166
Partie 18 : La problématique de la vaccination contre le covid-19 en entreprise	166
<b>151/ Quel est le cadre juridique de la vaccination obligatoire en milieu professionnel ?</b>	167
<b>152/ Comment les pouvoirs publics définissent-ils la notion de schéma vaccinal complet ?</b>	167
<b>153/ L'Etat français pourrait-il valablement décider d'une vaccination obligatoire généralisée de la population française contre le covid-19 ?</b>	168
<b>154/ Si la vaccination contre le covid-19 devient obligatoire, peut-on imaginer qu'un salarié puisse en être dispensé ?</b>	170
<b>155/ Le médecin du travail peut-t-il préconiser la vaccination contre le covid-19 ?</b>	170
<b>156/ Quelles sont les règles et principes élaborés par le Ministère du Travail concernant la vaccination des salariés ?</b>	171
<b>157/ A qui incombe la prise en charge de la vaccination des salariés ?</b>	172
<b>158/ L'employeur peut-il imposer la vaccination contre le covid-19 à ses salariés ?</b>	172
<b>159/ Un salarié peut-il exiger de son employeur qu'il lance une campagne de vaccination destiné à faire en sorte qu'il soit vacciné ?</b>	173
<b>160/ L'employeur peut-il recommander à ses salariés de se faire vacciner contre le covid-19 ?</b>	173
<b>161/ Une entreprise peut-elle valablement encourager la vaccination de ses salariés contre le covid-19 en instituant, par décision unilatérale, une prime récompensant les salariés bénéficiant d'un schéma vaccinal complet ?</b>	173
<b>162/ Le salarié acceptant, ou prenant l'initiative, d'une vaccination a-t-il le droit de s'absenter pour aller se faire vacciner sur ses heures de travail ?</b>	174
<b>163/ Une entreprise, afin d'inciter fortement ses salariés à la vaccination, peut-elle opérer des différences de traitement entre les salariés vaccinés et les salariés non-vaccinés concernant les indemnités qu'elle est tenue de verser en cas d'arrêt de travail et d'isolement ?</b>	174
<b>164/ Existe-t-il des professions considérées comme prioritaires dans la campagne de vaccination contre le covid-19 ?</b>	175
<b>165/ Les conducteurs routiers font-ils partie de la liste des professions considérées comme prioritaires dans la campagne de vaccination contre le covid-19 ?</b>	175
<b>166/ En cas de vaccination obligatoire contre le covid-19, quel risquerait un employeur qui n'exécuterait pas cette obligation ?</b>	177
<b>167/ En cas de vaccination obligatoire contre le covid-19, quel risquerait un salarié qui refuserait d'être vacciné ?</b>	178
<b>168/ Existe-t-il une jurisprudence européenne relative à un principe de vaccination obligatoire des individus ?</b>	179
<b>169/ Quel est le régime de responsabilité juridique de droit commun dans le cadre d'une vaccination non-obligatoire contre le covid-19 ?</b>	181
<b>170/ Existe-t-il des règles spécifiques de réparation des accidents médicaux liés à une vaccination obligatoire ?</b>	181
<b>171/ Existe-t-il une jurisprudence concernant l'indemnisation des accidents médicaux liés à une vaccination obligatoire ?</b>	182
<b>172/ Existe-t-il des règles spécifiques de réparation des accidents médicaux résultant de la vaccination contre le covid-19 ?</b>	183



Partie 19 : La sortie de l'état d'urgence sanitaire et la gestion de la sortie de la crise sanitaire à compter du mois de juin 2021.....	184
<b>173/ L'Etat prévoit-il la mise en place d'une réglementation spécifique pour assurer la gestion de la sortie de la crise sanitaire ?</b> .....	184
<b>174/ Qu'est-ce que la loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire ?</b> .....	184
<b>175/ Qu'est-ce que le «passe sanitaire» prévu par la loi relative à la gestion de la sortie de la crise sanitaire du 31 mai 2021?</b> .....	185
<b>176/ Quelles sont les modalités d'application du passe sanitaire prévues réglementairement (lorsqu'il est encore possible de recourir au passe sanitaire) ?</b> .....	186
<b>177/ Le «passe sanitaire» est-il légal et conforme au respect des libertés fondamentales ?</b> .....	187
<b>178/ Quelles sont les règles de protection générales contre le covid-19 qui demeurent applicables en application des dispositions de la loi du 31 mai 2021 ?</b> .....	189
Partie 20 : La première loi de gestion de la crise sanitaire.....	190
<b>179/ Qu'est-ce que la loi de gestion de la crise sanitaire destinée à lutter contre le variant delta (ou indien) ?</b> .....	190
<b>180/ Le Conseil constitutionnel a-t-il validé l'extension du passe sanitaire telle que voulue par le législateur ?</b> .....	192
<b>181/ Comment apporter la preuve de la présentation d'un passe sanitaire valide ?</b> .....	193
<b>182/ Quelles sont les règles de prise en charge financière des tests de dépistage du covid-19 auxquels se sont soumis les salariés ?</b> .....	194
<b>183/ Les frais de dépistage du covid-19 constituent-ils juridiquement des frais professionnels ?</b> .....	195
<b>184/ Existe-t-il une obligation à la charge de l'employeur de prise en charge financière des frais exposés par les salariés dans le cadre des tests de dépistage du covid-19 ?</b> .....	197
Partie 21 : La loi de renforcement des outils de gestion de la crise sanitaire.....	198
<b>185/ Qu'est-ce que la loi de renforcement des outils de gestion de la crise sanitaire du 22 janvier 2022 ?</b> .....	198
<b>186/ Le passe vaccinal : de quoi s'agit-il ?</b> .....	198
<b>187/ Le Conseil constitutionnel a-t-il validé le passe vaccinal tel que voulu par le législateur ?</b> .....	200
<b>188/ Le Conseil d'Etat a-t-il contrôlé le dispositif du passe vaccinal ?</b> .....	201
<b>189/ Quel est le régime applicable au passe vaccinal, au certificat de rétablissement et à l'obligation vaccinale à compter du 15 février 2022 ?</b> .....	201
<b>190/ Quel est le contrôle et quelles sont les sanctions attachées à la méconnaissance des règles liées au passe vaccinal ?</b> .....	204
<b>191/ Le port d'un masque de protection anti-covid-19 s'impose-t-il dans les lieux assujettis au passe vaccinal ?</b> .....	205
<b>192/ Les activités des transports routiers sont-elles concernées par l'exigence de la vaccination ou du passe vaccinal ?</b> .....	206
<b>193/ Les restaurants routiers sont-ils concernés par l'exigence du passe vaccinal ?</b> .....	207
<b>194/ Une entreprise non-soumise légalement à l'exigence de mise en place et de contrôle d'un passe sanitaire ou d'un passe vaccinal peut-elle valablement décider de l'imposer à ses salariés ?</b> .....	208
<b>195/ Existe-t-il des dispositions spécifiques contraignantes à l'égard des entreprises dans la loi du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la</b>	

<b>crise sanitaire ?</b> .....	209
Partie 22 : Autres dispositions destinées à lutter contre l'épidémie de covid-19.....	210
<b>196/ La mise en place du passe sanitaire et de l'obligation vaccinale met-elle un terme à l'obligation de respecter les règles dites de «gestes barrières» ?</b> .....	210
<b>197/ Un employeur peut-il valablement limiter le port de masques de protection anti-covid-19 en entreprise aux salariés non-vaccinés ?</b> .....	212
<b>198/ Quelles sont les modalités du contrôle du passe sanitaire ou du passe vaccinal dans les entreprises concernées par cette obligation ?</b> .....	212
<b>199/ En quoi l'obligation vaccinale consiste-t-elle ?</b> .....	213
<b>200/ Existe-t-il un mécanisme de certificat «covid-19» institué par le droit de l'Union européenne ?</b> .....	213
<b>201/ L'application du règlement européen du 14 juin 2021 peut-il restreindre l'application du dispositif français de passe sanitaire ou du passe vaccinal ?</b> .....	215
<b>202/ Quelle est la doctrine de la CNIL concernant l'articulation du mécanisme du passe sanitaire, du passe vaccinal, de l'obligation vaccinale et du règlement général européen de données (RGPD) ?</b> .....	215
<b>203/ Quelle est la sanction encourue par une entreprise cliente d'entreprises de transport prétendant imposer le passe sanitaire ou le passe vaccinal aux personnels de conduite alors qu'elle n'exerce pas une activité le permettant en application des dispositions légales et réglementaires ?</b> .....	217
<b>204/ Que risque un salarié refusant la présentation du passe sanitaire ou du passe vaccinal alors même que celui-ci est obligatoire dans l'exercice de ses fonctions en application des dispositions légales ?</b> .....	217
<b>205/ Lorsque le passe sanitaire existait de manière généralisée, quelle pouvait être la réaction de l'employeur face à un salarié refusant à la fois d'être vacciné (alors que la vaccination n'est pas obligatoire) et de se faire tester afin d'exécuter sa prestation de travail ?</b> .....	221
<b>206/ Un salarié non-vacciné faisant partie du personnel de conduite peut-il valablement refuser d'exécuter sa prestation de travail en arguant du fait que, depuis la mise en place du passe vaccinal, il ne peut plus déjeuner au restaurant ?</b> .....	221
<b>207/ Le régime de suspension du contrat de travail à l'égard des personnels assujettis à l'obligation vaccinale mais refusant d'être vaccinés constitue-t-il un trouble manifestement illicite ?</b> .....	222
<b>208/ En cas de refus d'irrégularité de la situation d'un salarié au regard de l'obligation de présentation d'un passe sanitaire, d'un passe vaccinal ou de l'obligation vaccinale, comment s'articulent les régimes juridiques d'arrêts maladie et de suspension du contrat de travail ?</b> .....	228
<b>209/ Quelles sont les règles applicables aux personnes vulnérables ?</b> .....	228
<b>210/ Quelles sont les prérogatives spécifiques conférées aux pouvoirs publics dans le cadre légal et réglementaire actuel ?</b> .....	229
<b>211/ Existe-t-il des mesures restrictives de port du masque obligatoire prévues réglementairement ?</b> .....	230
<b>212/ Le non-respect, par un salarié, d'un masque de protection anti-covid-19 en dépit des consignes données par l'entreprise peut-il constituer un motif de licenciement ?</b> .....	231

## Contextualisation

L'article 4 de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 a institué un régime dit d'état d'urgence sanitaire visant à faire face à l'épidémie liée à l'émergence d'un nouveau virus, le Covid-19. Le cadre juridique vise à permettre à l'Etat de disposer de bases juridiques adaptées aux réponses nécessaires à apporter à une

crise sanitaire.

Ce régime d'état d'urgence sanitaire a été prolongé à plusieurs reprises et est actuellement remplacé par un régime transitoire destinée à faire face à la situation épidémique tout en maintenant l'activité économique du pays.

## **Partie 1 : Eléments de définition liés au COVID-19 (coronavirus) et conséquences de la crise sanitaire sur les relations économiques et sociales**

### **1/ Quel est le contexte du virus nommé « coronavirus » et des risques présentés par une pandémie ?**

Les coronavirus sont très répandus et peuvent causer des maladies généralement bénignes chez l'être humain. Cependant deux d'entre eux ont entraîné de graves épidémies : le SRAS-CoV en 2002 et le Mers-CoV en 2012.

Un nouveau coronavirus (SARS-CoV-2) a été identifié au début du mois de janvier 2020 comme étant à l'origine de cas groupés de pneumonies en Chine. Les premiers cas survenus à la fin du mois de décembre 2019 avaient un lien avec un marché d'animaux vivants dans la ville de Wuhan.

Si la contamination initiale est probablement d'origine animale (même si ce point n'a pas été déterminé à ce jour, sachant que plusieurs scientifiques de l'Organisation Mondiale de la Santé-OMS- estiment qu'il est plausible, voire probable, qu'elle trouve son origine au sein d'un laboratoire de recherche scientifique chinois) la transmission interhumaine est avérée. La période d'incubation maximum retenue est de 14 jours.

La maladie dénommée maintenant Covid-19 comporte les symptômes d'une infection respiratoire aiguë (fatigue, fièvre, toux difficultés respiratoires...) avec des anomalies pulmonaires radiologiques ; des formes plus sévères sont également décrites.

Un virus représente d'abord des risques de contagion (sachant en outre que les virus peuvent, comme c'est le cas pour le covid-19, se recombiner ou muter et ainsi créé divers «variants» parfois, mais pas toujours, plus dangereux)

Pour éviter ou limiter ces risques, les moyens ne sont pas infinis. L'isolement est un des moyens d'endiguer l'épidémie, d'où les zones de quarantaine. Ensuite, tout dépend du degré de dangerosité du virus et de la probabilité qu'il ait des conséquences mortelles pour le sujet atteint.

La pandémie désorganise la vie économique car de nombreux salariés – mais aussi des membres de l'équipe dirigeante - peuvent être simultanément absents de leur poste de travail. Une hausse de l'absentéisme est donc à prévoir dans cette situation.

Aux personnes malades, il faut ajouter ceux qui devront garder leurs enfants, soigner un proche ou qui préféreront rester à leur domicile par peur de la contagion.

Ensuite, une entreprise peut être déstabilisée si ses fournisseurs ne travaillent plus ou si l'activité d'un de ses clients est durablement suspendue. Il ne faut pas non plus omettre l'existence de risques de fermeture des frontières qui nuiront à l'activité des entreprises importatrices et exportatrices. Les risques potentiels de désorganisation sont donc importants.

### **2/ Quelles sont les personnes qui connaissent les risques les plus élevés de contracter le coronavirus ?**

Si toute personne, quel que soit son âge, est susceptible de contracter le covid-19, il existe également des personnes présentant des risques spécifiques ou davantage exposées.

Il s'agit des personnes qui prodiguent des soins aux personnes infectées au coronavirus qui courent le plus grand risque d'infection. Parmi ces personnes, l'on peut citer les travailleuses et travailleurs de la santé, le

personnel des centres de soins ambulatoires et d'autres travailleurs communautaires qui traitent des personnes infectées ou qui répondent à des urgences médicales mettant en cause des personnes atteintes.

S'agissant des personnes à risques particuliers, on pense ici évidemment aux personnes souffrant de pathologies préexistantes d'un certain degré de gravité.

En fait, toute personne en contact direct avec le public court des risques dans une multitude de secteurs d'activité : aviation commerciale, services frontaliers, immigration, bureaux des passeports, assurance emploi, inspection des aliments, commission des réfugiés, laboratoires, affaires diplomatiques et consulaires, libération conditionnelle, protection de la faune, pollution environnementale, métiers liés aux activités du transport, etc.

### 3/ Le coronavirus peut-il constituer, juridiquement, un cas de force majeure ?

L'ordonnance du 10 février 2016, qui a réformé le droit des contrats, a introduit dans le Code civil un article 1218 qui définit la force majeure.

La force majeure est une notion essentielle en raison des conséquences qu'elle produit lorsqu'elle est caractérisée : que l'empêchement soit définitif ou temporaire, la force majeure produit un effet exonératoire.

Cela signifie qu'aucun dommage et intérêt ne sera dû au créancier si le débiteur démontre qu'il a été empêché d'exécuter son obligation par un cas de force majeure. Sa responsabilité contractuelle ne pourra, autrement dit, pas être recherchée.

Cet article énonce : *«Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.*

*Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux Articles 1351 et 1351-1».*

A NOTER : il existe, même si cela est très spécifique, une autre notion de la force majeure en droit français que celle qui est visée à l'article 1218 du Code civil. Ainsi, l'article L211-14 du Code du tourisme prévoit que le voyageur a le droit de résoudre le contrat avant le voyage ou au cours du séjour sans avoir à verser de frais afférents si des circonstances exceptionnelles et inévitables, survenant au lieu de destination ou à proximité immédiate de celui-ci, ont des conséquences importantes sur l'exécution du contrat ou sur le transport des passagers vers le lieu de destination.

L'article L211-14 du Code du tourisme est donc un texte qui fait une application spéciale de la force majeure. Celle-ci n'est alors pas un événement échappant au contrôle du débiteur, imprévisible et irrésistible, mais une circonstance exceptionnelle et inévitable.

La raison de cette divergence réside dans le fait que le fondement de cette disposition du Code du tourisme est une directive européenne du 25 novembre 2015 selon laquelle une telle circonstance s'entend d'une situation échappant au contrôle de la partie qui invoque cette situation et donc les conséquences n'auraient pu être évitées même si toutes les mesures raisonnables avaient été prises.

Hormis cette spécificité propre au secteur d'activité du tourisme, de manière classique, au sens de l'article 1218 du Code civil, trois critères doivent donc impérativement être réunis : l'évènement doit être à la fois imprévisible lors la conclusion du contrat, irrésistible dans son exécution, et extérieur (échappant au contrôle des personnes concernées).

#### **A) Le critère d'extériorité**

La rédaction du texte est paradoxale dans la mesure où le législateur avait déclaré abandonner ce critère. Pourtant, cette définition prévoit, en effet, que pour constituer un cas de force majeure l'évènement invoqué doit avoir échappé au contrôle du débiteur. La question qui immédiatement se pose est alors de savoir à quelles hypothèses correspond un événement qui échappe au contrôle du débiteur.

Si l'on tient compte de la volonté du législateur, il faut interpréter de manière plus large ce critère. Certaines situations qui en étaient autrefois exclus pourraient désormais y correspondre, tant pour des événements externes qu'internes.

Le critère de «l'absence de contrôle» autorise à inclure, dans la notion des cas de force majeure la maladie du débiteur ou encore la grève à la condition néanmoins que, dans ces deux cas, l'événement invoqué ne résulte pas de la conduite du débiteur.

En effet, la maladie qui serait causée par la conduite à risque du débiteur ne devrait, a priori, pas être constitutive d'un cas de force majeure. Il en va de même pour une grève qui prendrait sa source dans une décision de l'employeur.

### **B) Le critère d'imprévisibilité**

L'utilisation du critère d'imprévisibilité par le législateur conduit à une triple observation :

-en premier lieu, l'imprévisibilité s'apprécie par référence à une personne ou un contractant prudent et diligent, et en tenant compte des circonstances de lieu, de temps, de saison. Il faut que la personne n'ait pas pu prévoir la réalisation du dommage.

-ensuite, l'imprévisibilité doit s'apprécier au jour de la formation ou de la conclusion du contrat.

-l'emploi de la formule «*raisonnablement prévu*» par l'article 1218 laisse penser que l'imprévisibilité de l'événement peut ne pas être totalement objective : il n'est pas nécessaire que l'événement soit absolument objectivement imprévisible pour constituer un cas de force majeure.

Ce caractère relatif de l'imprévisibilité est admis par la jurisprudence même dans le cas d'événements naturels : ainsi, en fonction des circonstances de lieu, de date, de saison, peuvent ne pas être regardés comme des cas de force majeure, le verglas, la tempête, le vent, l'orage, les inondations, les chutes de neige, le brouillard, les glissements et effondrements de terrains, etc...

### **C) Le critère d'irrésistibilité**

Pour que l'événement soit irrésistible il faut que la personne concernée ait été dans l'impossibilité d'agir autrement qu'elle ne l'a fait.

Dès lors que l'événement peut être surmonté, y compris dans des conditions plus difficiles par le débiteur, il n'est pas fondé à se prévaloir de la force majeure.

C'est donc à une appréciation concrète du critère de l'irrésistibilité que se livre la jurisprudence, en recherchant si l'événement a engendré ou non pour le sujet une impossibilité d'exécuter l'obligation ou d'éviter la réalisation du dommage et en vérifiant si un individu moyen, placé dans les mêmes circonstances, aurait pu résister et surmonter l'obstacle.

### **D) Virus et caractérisation de la force majeure : illustrations jurisprudentielles**

Pour illustration, les juridictions françaises ont écarté la qualification de force majeure invoquée pour cause d'épidémie dans les cas suivants :

-lorsqu'aucun lien de causalité n'était caractérisé entre le virus Ebola et la baisse d'activité de la société (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 mars 2016) ;

-lorsque le virus Ebola n'avait pas rendu l'exécution des obligations impossibles (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 mars 2016) ;

-lorsque la gravité d'une épidémie de Peste n'était pas suffisante et que des traitements préventifs existaient (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 septembre 1998) ;

-lorsque le Chikungunya pouvait être soulagé par des antalgiques (arrêt de la Cour d'Appel de Basse-Terre du 17 décembre 2018) ;

-lorsque l'épidémie de Dengue était récurrente et donc prévisible (arrêt de la Cour d'Appel de Nancy du 22 novembre 2010) ;

-et lorsque le virus H1N1 avait été largement annoncé même avant la mise en place de réglementations sanitaires (Cour d'appel de Besançon, 8 janvier 2014).

Le 30 janvier 2020, le Centre de Certification Commerciale du Conseil Chinois pour la Promotion du Commerce International (CCPCI) a publié un avis indiquant que le CCPCI était habilité à délivrer aux sociétés Chinoises affectées par le Coronavirus des certificats de force majeure.

Cependant, il est nécessaire de rappeler que dans la pratique arbitrale, notamment celle de la Chambre de Commerce Internationale, les certificats de force majeure délivrés par les autorités compétentes ne suffisent pas à libérer les débiteurs de leurs obligations contractuelles. Ils ne peuvent que certifier qu'un événement déterminé a eu lieu, mais les arbitres seront tenus de respecter les qualifications de la loi applicable au contrat. Il paraît donc possible que les juridictions françaises considèrent le coronavirus comme un cas de force majeure.

En l'état actuel du droit, néanmoins, force est de constater que la notion est plutôt entendue restrictivement (il ne semble pas qu'une pandémie, sauf si sa dangerosité parvient à un stade exceptionnel, soit traitée de la même manière qu'une catastrophe climatique- tremblement de terre ou éruption volcanique).

#### **4/ Les conséquences de la crise sanitaire provoquée par le coronavirus peuvent-elles caractériser un cas de force majeure ?**

##### **A) Les conséquences de la crise sanitaire et la force majeure dans la sphère contractuelle générale**

Comme précédemment indiqué, l'épidémie actuelle du coronavirus peut très difficilement s'entendre comme un cas de force majeure. En effet, elle n'est pas un événement imprévisible. En effet, de nombreuses épidémies se sont déjà produites, certaines avec un retentissement mondial. Ainsi, la qualification de force majeure n'a pas été retenue pour l'épidémie de grippe H1N1.

En revanche, si l'existence même du virus ne saurait constituer un événement de force majeure, certaines conséquences engendrées par sa survenance pourraient être qualifiées d'imprévisibles et d'irrésistibles.

A cet égard, il y a tout lieu de penser que toutes les décisions administratives contraignantes prises aux fins de prévention et de lutte contre la propagation du virus (par exemple des restrictions de circulation ou l'interdiction de rassemblements supérieures à une jauge déterminée) et entraînant une suspension ou un gêne significative pour l'activité d'acteurs économiques pourraient être reconnues comme constitutives de force majeure, du fait de leur caractère exceptionnel (donc imprévisible) et impératif (donc irrésistible).

L'ampleur inédite de l'épidémie de coronavirus (Covid-19), les mesures strictes et sans précédent édictées par les gouvernements chinois (mesures de confinement, suspension des transports, etc.), étrangers et français (le ministère de l'Europe et des Affaires étrangères déconseille fortement tout déplacement à Wuhan et dans toute la province de Hubei, recommande de ne pas voyager en Chine sauf raisons essentielles, etc.) ainsi que les déclarations de l'OMS pourraient constituer des arguments pour soutenir que l'épidémie actuelle est constitutive d'un événement de force majeure en droit français.

A contrario, la répétition des épidémies depuis le siècle dernier dont un bon nombre venaient de l'Asie (grippe espagnole en 1918, grippe asiatique de 1956 à 1958, SRAS en 2002) sont autant de précédents qui affaiblissent cette qualification.

**En définitive, c'est donc peut-être moins l'épidémie de coronavirus (Covid-19) en tant que telle que les mesures prises par les autorités pour enrayer la propagation du virus qui pourraient permettre de donner la qualification de force majeure aux événements actuels.**

Encore faut-il qu'une double condition soit remplie :

-qu'un fait du prince soit caractérisé ;

-que ce fait du prince remplisse les trois critères de la force majeure.

La notion de fait du prince renvoie à la décision d'une autorité publique ou administrative qui s'impose aux personnes (physiques ou morales) et qui rendent les circonstances imprévisibles et irrésistibles. L'immixtion accrue des pouvoirs publics dans l'économie, suite à la crise sanitaire, pourrait parfaitement entrer dans le cadre d'une telle définition.

Pour autant, le fait du prince, même reconnu par des juridictions, n'emporte pas automatiquement qualification de la force majeure. Encore faut-il que l'existence des trois éléments qui caractérisent cette notion soit établie. A cet égard, la position de la Cour de cassation est ferme quant à l'importance du rôle du juge : il a été jugé que même un arrêté de catastrophe naturelle ne lie pas le juge pour la détermination de l'existence (ou non) d'une situation de force majeure (arrêt de la 3e chambre civile de la Cour de cassation du 10 décembre 2014).

En ce qui concerne le droit des contrats, en pratique, si l'un des partenaires commerciaux est empêché d'exécuter ses obligations contractuelles en raison de l'épidémie de coronavirus (Covid-19) et de ses conséquences sur l'économie mondiale, il est conseillé de vérifier l'existence d'une clause de force majeure dans le contrat.

La licéité d'une telle clause est reconnue par la doctrine et la jurisprudence française. Les parties à un contrat peuvent donc valablement modifier la définition donnée par l'article 1218 du Code civil pour l'étendre ou la restreindre ou même lister (de manière limitative ou indicative) les événements constitutifs de force majeure et identifier les conditions de mise en œuvre de la clause de force majeure. En effet, la notion de force majeure ne s'inscrit pas dans des dispositions relevant de l'ordre public absolu.

Celles-ci prennent le plus souvent la forme d'une obligation d'information, dans des délais et selon des formalités particulières, à la charge de la partie ne pouvant pas exécuter ses obligations.

Il doit être noté qu'en l'absence de toute disposition relative à la notion de force majeure dans un contrat, il doit être considéré que la force majeure fait partie intégrante dudit contrat (en application de l'article 1218 du Code civil). En d'autres termes, si les parties entendent exclure la force majeure de l'application de leur contrat, elles doivent le préciser de manière expresse.

Lorsque l'on s'interroge pour savoir si une mesure de confinement national décidée par les pouvoirs publics peut caractériser la force majeure, s'agissant du caractère imprévisible requis pour la force majeure, plusieurs hypothèses peuvent être envisagées en fonction de la date de signature du contrat.

- Pour les contrats conclus avant le début du mois de janvier 2020, le reconfinement sera sans aucun doute considéré comme imprévisible, de la même façon que l'était le premier confinement (17 mars 2020 – 11 mai 2020). En effet, avant janvier 2020, le virus Covid-19 n'était pas encore arrivé en Europe ; il était donc impossible de prévoir la crise sanitaire et les confinements auxquels nous allons être confrontés, à fortiori ce nouveau reconfinement.

- Pour les contrats conclus ou renouvelés entre le 11 mai 2020, date de fin du premier confinement et le 29 octobre 2020, date de début du deuxième confinement, le caractère imprévisible de cet événement sera fortement discutable. La situation sanitaire étant prévisible depuis janvier et critique depuis mars, ce reconfinement conséquence de la fameuse deuxième vague largement évoquée comme possible depuis plusieurs mois sera probablement considéré comme prévisible, et donc insusceptible de constituer un cas de force majeure.

Pour les contrats renouvelés tacitement entre les deux confinements, donc entre le 11 mai 2020 et le 29 octobre 2020, la question pourrait être plus complexe.

En effet, le renouvellement d'un contrat suppose la formation d'un nouveau contrat, généralement aux mêmes conditions que le contrat initial, mais il est possible de renouveler un contrat à des conditions différentes, s'agissant d'un nouveau contrat. Qui dit nouveau contrat, dit nouvelle date de signature, et donc nouvelle date à laquelle la prévisibilité de l'événement susceptible de constituer un cas de force majeure peut être évaluée. Au même titre que pour les contrats conclus entre les deux confinements, les événements liés à la crise sanitaire survenus dans le cadre des contrats renouvelés tacitement entre le 11 mai 2020 et le 29 octobre 2020 pourrait avoir perdu tout caractère imprévisible, ce qui ferait obstacle à l'invocation de la force majeure.

L'irrésistibilité de l'événement de force majeure, tant dans sa survenance, que dans ses effets doit quant à elle être appréciée au moment de la survenance de l'événement. La date de signature des contrats sera donc indifférente.

L'irrésistibilité devrait donc s'apprécier à partir de la date de début du deuxième confinement, donc du 29 octobre 2020. Cette irrésistibilité devra être évaluée au cas par cas, en fonction du secteur économique concerné, des particularités contractuelles, de la nature de l'obligation affectée, etc. et au regard des mesures mises en place par le gouvernement, globalement plus souples que celles du premier confinement,

puisque'il ne s'agit pas d'un l'arrêt complet de l'activité économique. Ces mesures énoncées au décret n°2020-1310 du 29 octobre 2020 imposeront donc une évaluation au cas par cas pour apprécier le caractère absolu de l'impossibilité d'exécuter le contrat.

L'exception de force majeure risque donc d'être plus difficile à invoquer dans le cadre de ce reconfinement que dans celui du confinement initial (même si même dans cette première situation, la reconnaissance de la force majeure n'était pas nécessairement évidente), les conditions d'imprévisibilité et d'irrésistibilité étant plus désormais plus difficiles à démontrer par le cocontractant qui souhaiterait invoquer cette exception pour suspendre temporairement ou définitivement ses obligations.

Il faut enfin souligner que, même en l'absence de disposition spécifique, qu'invoquer la force majeure dans un contrat (notamment commercial, mais pas uniquement) peut connaître plusieurs limites :

a) Le débiteur d'une obligation contractuelle de paiement d'une somme d'argent ne peut pas invoquer la force majeure pour se libérer de son obligation : telle est la position adoptée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 16 septembre 2014. Seules les obligations de faire (par exemple livrer) peuvent faire l'objet d'une exonération sur le fondement de la force majeure ;

b) Le contrat conclu entre les parties peut impliquer l'existence d'un certain formalisme (par exemple l'envoi d'une déclaration au cocontractant dans des conditions de délais fixées) ;

c) Le débiteur arguant de l'existence d'une situation de force majeure peut en réalité n'être dans l'impossibilité d'exécuter son obligation que temporairement. Dans cette situation, aucune force majeure ne pourra être caractérisée. Un simple ralentissement de production ou d'expédition peut ne pas être suffisant pour établir l'existence d'une situation de force majeure ;

d) La force majeure ne peut pas exister pour des événements qui rendent l'exécution de l'obligation plus difficiles (par exemple plus onéreuses) mais pas impossible (arrêt ancien de la Cour de cassation du 4 août 1915).

## **B) Les conséquences de la crise sanitaire et la force majeure dans les relations de travail : l'articulation avec le droit du licenciement**

La question susceptible d'être posée ici est simple : une entreprise confrontée à de graves difficultés économiques, voire à une impossibilité de reprise de son activité, peut-elle rompre les contrats de travail de ses salariés en invoquant la force majeure ?

L'interrogation est importante dans la mesure où le droit de licenciement constitue un ensemble de règles d'ordre public : il n'est pas possible de contourner ou d'éluder son application (même par accord éventuel entre les parties au contrat de travail).

En premier lieu, il faut savoir que le Code du travail contient des dispositions spécifiques en la matière. Ainsi, en matière de contrat à durée déterminée (CDD), l'article L1243-1 envisage-t-il la force majeure comme étant un cas de rupture anticipée dudit CDD.

Dans le même ordre d'idée, s'agissant des contrats de travail temporaires, l'article L1251-26 du Code du travail prévoit la possibilité d'une rupture de ces contrats de travail en cas de survenance d'un cas de force majeure.

S'agissant des contrats de travail à durée indéterminée (CDI), ce sont les articles L1234-12 et L1234-13 du Code du travail qui prévoient et organisent des cas spécifiques de ruptures de ces contrats pour le motif de force majeure.

Les conséquences de la reconnaissance d'un situation de force majeure en droit du travail, pour ce qui concerne la rupture des relations de travail, sont particulièrement importantes : la force majeure peut justifier la rupture d'un CDI sans obligation de versement d'une indemnité compensatrice de préavis ni indemnité légale de licenciement (sauf dispositions conventionnelles plus favorables) et sauf si le cas de force majeure résulte d'un «*sinistre*» (article L1234-13 du Code du travail).

Il doit être noté que la situation pandémique se prête mal à la qualification de sinistre.

De même, en matière de CDD, l'existence d'un cas de force majeure permet à l'employeur de rompre le contrat de manière anticipée sans avoir à verser les salariés qui auraient du être perçus par le salarié jusqu'au terme de son contrat.

Outre les conséquences indemnitaires, les conséquences procédurales sont également extrêmement importantes en matière de CDI : en effet, en cas de force majeure, le contrat de travail est rompu immédiatement, sans que l'employeur ne soit tenu de respecter la procédure de licenciement.

La portée de l'article L1234-12 du code du travail est donc considérable dans la mesure où la force majeure



exonère l'employeur de la procédure de licenciement, du préavis et de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement.

Ces conséquences expliquent les très fortes réticences de la jurisprudence à reconnaître les situations de force majeure. Les juges considèrent généralement, lorsqu'une telle position est adoptée par l'employeur, que le but de celui-ci est seulement d'éviter l'application des dispositions d'ordre public du droit du licenciement. Il est donc exceptionnel, en matière de droit du travail, que les juridictions retiennent la force majeure.

En l'espèce, à supposer que la survenance du Covid-19 et ses conséquences liées aux interventions de l'Etat puissent caractériser un cas de force majeure, pourrait-on en déduire que cela justifierait une rupture de plein-droit des contrats de travail ?

Rien n'est moins certain. En effet, il faut rappeler que, depuis 2016 et la réforme du droit des contrats, la force majeure est avant tout régie par les dispositions de l'article 1218 du Code civil qui précisent : *«Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.*

*Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux Articles 1351 et 1351-1».*

Le critère principal qui sera utilisé par les juges, en cas de contentieux, sera tiré du caractère temporaire ou non de la poursuite du contrat de travail. Les réponses pourront donc être variables en fonction des secteurs (par exemple, pour une agglomération très touristique, soumise à une procédure de confinement très stricte sur plusieurs semaines ou mois, l'on peut envisager que les CDD liés au tourisme puissent être rompus pour cas de force majeure).

En revanche, en matière de CDI, la situation de force majeure, à la supposer établie, n'aurait en tout état de cause qu'un caractère temporaire (sauf à ce qu'il y ait cessation définitive de l'ensemble de l'activité de l'entreprise). Cette situation pourrait alors ne justifier que la suspension du contrat de travail (et ce d'autant plus qu'il existe un mécanisme spécifique destiné à amortir les conséquences sociales de difficultés diverses, à savoir l'activité partielle) et non sa rupture définitive.

## **Partie 2 : Les obligations de l'employeur en matière de santé et sécurité et l'adaptation des contrôles des services de l'Inspection du Travail (SIT)**

En matière de santé et de sécurité, on distingue les infractions ayant entraîné une atteinte ou un risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'autrui qui sont réprimées sur la base du Code pénal et les infractions à la réglementation sur la santé et la sécurité qui sont sanctionnées sur la base du Code du travail.

Si, bien souvent, les infractions peuvent être sanctionnées à la fois par référence au Code du travail et au Code pénal, il convient toutefois de distinguer ces deux types de responsabilité sur la base :

- du Code pénal (notamment articles L121-2 et suivants du Code pénal) ;
- de la violation de l'obligation de sécurité vis-à-vis des salariés (article L4121-1 du Code du travail).

Cette question se manifeste aujourd'hui de manière encore plus prégnante avec l'actualité sanitaire en France et dans le monde. La problématique de la responsabilité juridique de l'employeur est ainsi susceptible de se poser l'hypothèse, par exemple, d'un travailleur qui décède du covid-19 alors qu'il n'avait pas cessé son activité avant l'apparition des premiers symptômes et d'une action en responsabilité de ses ayants-droits.

### **5/ Le coronavirus génère-t-il en tant que tel de nouvelles obligations pour les entreprises ?**

#### **A) Les principes généraux applicables**

Un grand nombre de virus vivent au sein des populations humaines. Les entreprises n'ont pas d'obligations spécifiques liées aux virus. En revanche, elles sont tenues à un certain nombre d'obligations en termes de santé et sécurité du personnel et des marchandises ainsi qu'en matière d'hygiène.

Lorsqu'un virus apparaît, ou devient plus contagieux, de manière à éviter les risques de contagion sur les lieux de travail et à garantir une meilleure protection des salariés, se pose alors la question de la mise à disposition des salariés dans les entreprises d'équipements de protection individuelle (EPI), dont les équipements de protection respiratoire (masque de protection, masque chirurgical, masque antiprojection...).

Lorsque le risque est exclusivement ou principalement environnemental, comme une pandémie grippale, les employeurs sont tenus, au minimum, à une obligation de moyens (**Circulaire DGT 2009/16 du 3 juillet 2009**). Cette position correspond à l'état actuel de la jurisprudence (qui permet depuis 2015 à l'employeur de démontrer qu'il a respecté toutes les prescriptions légales et réglementaires en matière de santé/sécurité pour pouvoir s'exonérer, totalement ou partiellement, de responsabilité). Son obligation de sécurité s'analyse en une obligation de moyen renforcée (parfois également appelée obligation de résultat atténuée).

Les conseils, en matière d'hygiène, sont les mêmes que ceux existant dans le cas de n'importe quel épidémie (ils consistent notamment à prôner le fait de se laver les mains par le biais de gel hydroalcoolique ou par le biais classique de savon, ainsi qu'à respecter des mesures de distanciation physique).

### **B) Le nécessaire respect des prescriptions normatives édictées par les pouvoirs publics**

Les pouvoirs publics adoptent, dans le cadre de la crise sanitaire, certaines réglementations qui revêtent un caractère impératif pour les personnes physiques et morales, donc pour les entreprises. Celles-ci sont donc tenues d'appliquer ces prescriptions législatives ou réglementaires.

Il en va ainsi que ce qu'il est convenu d'appeler les «gestes barrière» dits de prévention contre le covid-19. Parmi ces gestes existe le principe de distanciation physique. Celui-ci est, depuis le début de l'épidémie, fixé réglementairement.

Depuis le début de l'épidémie de covid-19, les mesures d'hygiène et de distanciation sociale, mesures dites «barrières», incluant la distanciation physique (initialement d'un mètre, désormais, depuis la mise à jour du protocole national sanitaire le 29 janvier 2021, d'au moins deux mètres entre 2 personnes) doivent être observées en tout lieu et en toute circonstance.

**Voir le Décret n°2021-76 du 27 janvier 2021 modifiant les décrets n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043070201>

## **6/ Quelles sont les mesures de prévention des risques qui incombent à l'employeur en application des dispositions du Code du travail ?**

Les dispositions du Code du travail prévoient que l'employeur adopte les actions de prévention des risques professionnels. Quand l'entreprise est divisée en établissements, c'est au chef d'établissement de prendre ces mesures de sécurité.

Les principes de prévention sont particulièrement larges et obligent donc l'employeur à passer en revue l'ensemble des risques et dangers envisageables dans l'entreprise, en l'occurrence à l'aune du risque de propagation du virus.

Ainsi, il incombe notamment à l'employeur qui a identifié les risques consignés dans le document unique d'évaluation des risques (DUER) de combattre ces risques «à la source» et de «*tenir compte de l'évolution technique*». L'employeur doit également «*remplacer ce qui est dangereux par ce qui l'est moins*». Le changement des dispositifs de nettoyage des mains permettant d'éviter tout contact physique ne serait-il pas un moyen de combattre à la source le risque grâce à l'évolution technique ?

ATTENTION : le Ministère du Travail insiste sur le fait que l'actualisation de l'évaluation des risques vise particulièrement à identifier les situations de travail pour lesquelles les conditions de transmission du

coronavirus COVID-19 peuvent se trouver réunies. Il ne s'agit pas de traiter exclusivement les risques directement générés par l'activité professionnelle habituelle mais également d'anticiper les risques liés à l'épidémie de coronavirus COVID-19.

Les risques nouveaux générés par le fonctionnement dégradé de l'entreprise (aménagement des locaux, réorganisation du travail, affectation sur un nouveau poste de travail, télétravail...) et ceux liés à l'exposition au virus impliquent d'actualiser le document unique d'évaluation des risques.

L'employeur doit-il par ailleurs mettre à disposition des salariés produits antibactériens ou lingettes à volonté voire multiplier l'intervention des personnels d'hygiène ?

Le coût de tels dispositifs ne pourrait certainement pas être supporté par toutes les entreprises, et en tout état de cause, il faudrait que les pouvoirs publics évoquent leur adaptation à la situation pandémique.

Enfin c'est à ce stade que l'employeur est tenu de prendre des mesures de protection collective puis de protection individuelle. En fonction de l'évolution de la pandémie, il peut devoir se renseigner sur les différents types de masques (masques chirurgicaux ou masques FFP2), voire selon l'évolution de la pandémie et les caractéristiques du poste, commander des gants ou des lunettes de protection, etc.

Dans son Questions-Réponses, le Ministère du Travail évoque également les mesures à prendre par les entreprises pour les salariés affectés à un poste de travail en contact avec le public. Il distingue deux situations :

-lorsque les contacts sont brefs, les mesures «barrières» (ex. : lavage très régulier des mains, surveillance par les personnes de leur température, exclusion des contacts proches, respect d'une distance de sécurité) sont considérées comme permettant de préserver la santé des salariés et celle de leur entourage ;

-lorsque les contacts sont prolongés et proches, les pouvoirs publics considèrent qu'il y a lieu de compléter les mesures «barrières» par des mesures plus spécifiques (ex. : installation d'une zone dite «de courtoisie» d'un mètre, nettoyage des surfaces avec un produit approprié, lavage des mains).

S'agissant des déplacements professionnels, les pouvoirs publics conseillent aux entreprises de faire reporter les déplacements non indispensables à l'étranger, en particulier hors de l'Union européenne afin de limiter la propagation du virus. Cette consigne s'applique tout particulièrement aux voyages dans les zones d'exposition à risque, sauf raison absolument impérative.

Dans cette hypothèse, l'employeur doit toujours se référer aux conseils préconisés sur le site du gouvernement dédié au coronavirus (<https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus>) et s'assurer avec le salarié de leur mise en œuvre effective.

Des salariés ayant contracté le virus et qui feraient remarquer devant un juge que certaines mesures «évidentes» n'ont pas été mises en œuvre pourraient être tentés de mettre en cause la responsabilité de l'employeur.

**A NOTER : une entreprise n'est pas autorisée (sauf disposition particulière adoptée par les pouvoirs publics) à stocker les vaccins existants.**

L'employeur doit donc avancer les opérations de maintenance de type vérification et nettoyage des conduits de climatisation.

## **7/ Qu'est-ce que le document unique d'évaluation des risques professionnels (DUER) ?**

Auparavant uniquement prévu par des dispositions réglementaires, le DUER se voit, depuis la loi n°2021-1018 du 2 août 2021, doté d'un fondement juridique législatif (à l'article L4121-3-1 du Code du travail).

Le document unique d'évaluation des risques professionnels répertorie l'ensemble des risques professionnels auxquels sont exposés les travailleurs et assure la traçabilité collective de ces expositions.

L'employeur transcrit et met à jour dans le document unique les résultats de l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs à laquelle il procède en application de l'article L4121-3.

I. - Les résultats de cette évaluation débouchent :

Pour les entreprises dont l'effectif est supérieur ou égal à 50 salariés, sur un programme annuel de

prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail qui :

- a) Fixe la liste détaillée des mesures devant être prises au cours de l'année à venir, qui comprennent les mesures de prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels ainsi que, pour chaque mesure, ses conditions d'exécution, des indicateurs de résultat et l'estimation de son coût ;
- b) Identifie les ressources de l'entreprise pouvant être mobilisées ;
- c) Comprend un calendrier de mise en œuvre.

Pour les entreprises dont l'effectif est inférieur à 50 salariés, sur la définition d'actions de prévention des risques et de protection des salariés. La liste de ces actions est consignée dans le document unique d'évaluation des risques professionnels et ses mises à jour.

La loi précise que les organismes et instances mis en place par la branche peuvent accompagner les entreprises dans l'élaboration et la mise à jour du document unique d'évaluation des risques professionnels, dans la définition du programme annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail ainsi que dans la définition des actions de prévention et de protection au moyen de méthodes et référentiels adaptés aux risques considérés et d'outils d'aide à la rédaction.

Le document unique d'évaluation des risques professionnels, dans ses versions successives, est conservé par l'employeur et tenu à la disposition des travailleurs, des anciens travailleurs ainsi que de toute personne ou instance pouvant justifier d'un intérêt à y avoir accès. **La durée, qui ne peut être inférieure à 40 ans**, et les modalités de conservation et de mise à disposition du document ainsi que la liste des personnes et instances seront fixées par de futurs décrets en Conseil d'Etat.

L'obligation de mise en place (et de mise à jour) du DUER incombe à toute entreprise, quelle que soit la taille de ses effectifs.

L'employeur est non seulement tenu d'une obligation d'évaluation des risques professionnels, mais également d'une obligation d'information à l'égard de son personnel. Il doit transcrire les résultats de l'évaluation des risques dans un document unique en faisant apparaître l'inventaire des risques identifiés dans chaque unité de travail de l'entreprise ou de l'établissement : c'est le DUER qui sert de support à l'exécution de cette obligation.

Dans une ordonnance de référé du 9 avril 2020, le Tribunal judiciaire de Paris a rappelé que l'évaluation des risques spécifique au contexte de Covid-19 ne suffisait pas à ce qu'il soit considéré que l'employeur avait satisfait à son obligation de mise en place d'un DUER conformément à la législation applicable. Pour les magistrats, les risques concernés devaient également être détaillés dans le document unique d'évaluation des risques professionnels.

Saisi par la Fédération SUD-PTT en référé, le tribunal a ainsi ordonné à La Poste d'élaborer et de diffuser dans les meilleurs délais le DUERP en procédant à une évaluation détaillée de chacun des risques professionnels identifiés du fait de l'actuelle crise sanitaire.

Le Tribunal judiciaire a jugé que contrairement à ce que soutenait le syndicat, l'évaluation des risques par la société était suffisante, et pertinente. Mais la juridiction a constaté : *«force toutefois est de constater qu'aucun document de ce type n'existe encore au sein du Groupe La Poste alors que près de quatre semaines se sont maintenant écoulées depuis la survenance de cette double situation de confinement général de la population et d'état d'urgence sanitaire».*

**Selon lui, ni la mise en place du document «Questions-réponses» diffusé par la direction des ressources humaines, ni le document annexe transmis aux CHSCT et se rapportant spécifiquement au risque -Épidémie/Pandémie ne peuvent en tenir lieu.**

En conséquence le tribunal judiciaire a ordonné à La Poste d'élaborer et de diffuser ce document.

Le tribunal précise également que cette *«évaluation détaillée de chacun des risques professionnels identifiés du fait spécifiquement de l'actuelle crise sanitaire d'épidémie de Covid-19»* doit notamment comprendre :

- le recensement de l'ensemble des activités postales estimées essentielles et non essentielles à la vie de la Nation ;
- les conditions d'exercice liées à l'épidémie de Covid-19 des divers métiers et emplois des activités postales essentielles à la vie de la Nation ;
- les incidences de l'arrivée annoncée le 1<sup>er</sup> avril 2020 de volontaires des services support de salariés de la société Mediapost, d'intérimaires et de salariés en CDD au sein des services pour étendre la distribution de la presse, du courrier et des colis ainsi que l'ouverture de ses bureaux à compter du 6 avril 2020 ;

-les mesures adoptées dans les cas d'infections signalées, qu'elles soient avérées ou suspectées, tant en ce qui concerne les personnels qu'en ce qui concerne les locaux et les mobiliers professionnels ;

-les risques psychosociaux résultant spécifiquement de l'épidémie de Covid-19».

Toutes les entreprises doivent donc veiller à disposer d'un DUER et à le mettre à jour.

Sur le plan juridique, l'absence de DUER peut être doublement sanctionnée :

-sur le plan pénal, l'absence de DUER constitue une infraction de 5e classe, susceptible d'entraîner une amende pouvant aller jusqu'à 1500 euros ;

-sur le plan civil, outre le fait qu'en cas de contentieux en matière de faute inexcusable, l'absence de DUER soit un élément jouant en défaveur de l'employeur, un salarié est en droit de demander des dommages et intérêts.

Pour autant, l'octroi de dommages et intérêts n'est pas automatique. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation exige que le salarié puisse démontrer avoir subi un préjudice, lequel ne peut pas résulter de la seule absence de DUER par l'employeur (arrêts de la Cour de cassation des 13 avril 2016 et 25 septembre 2019).

Au regard de la crise sanitaire actuelle, l'employeur doit cependant se montrer particulièrement vigilant, et diligent, en la matière. En effet, l'existence d'un préjudice peut notamment dépendre des fonctions du salarié et de son degré d'exposition à un risque professionnel.

Ainsi, dans un arrêt du 15 mai 2019, la Cour de cassation a-t-elle rejeté la demande d'indemnisation d'une salariée licenciée pour faute grave par son employeur, considérant qu'elle n'avait pas démontré l'existence d'un préjudice personnellement subi. Dans cette affaire, les fonctions de la salariée étaient celles de juriste consultant au sein de la Fédération Française du Bâtiment.

Néanmoins, l'on peut envisager, dans le cadre de la crise sanitaire, que les exigences des magistrats soient renforcées en cas de contentieux, et que le préjudice de salariés ayant poursuivi leur travail durant l'épidémie, pour assurer la satisfaction des besoins nécessaires à la vie de la Nation, et ayant donc des fonctions plus à risque que celle d'un personnel administratif, soit apprécié différemment de cette dernière catégorie de personnel.

### **8/ La mise à jour du document unique d'évaluation des risques (DUER) nécessite-t-elle la consultation préalable du comité social et économique (CSE) ?**

Dans une ordonnance de référé du 22 juin 2020, le Tribunal judiciaire de Lyon a estimé que le Code du Travail n'impose pas que le CSE intervienne dans l'évaluation des risques qui incombe à l'employeur ni dans l'élaboration et la mise à jour du document unique d'évaluation des risques (DUER).

En l'espèce, l'employeur avait procédé à l'information-consultation du CSE central sur son plan de déconfinement en vue de la reprise de l'activité, après une expertise qu'il avait initiée.

Toutefois, deux CSE d'établissement, parmi les quatre de l'entreprise, reprochaient à l'employeur de ne pas avoir rempli toutes ses obligations à leur égard. Ils ont alors saisi le juge des référés pour qu'il lui impose de prendre plusieurs mesures sous astreinte, en particulier de :

-procéder à une évaluation des risques inhérents à l'épidémie de covid-19 en concertation avec les élus ;  
-retranscrire ces risques dans le DUER et, sur ces bases, de définir les mesures de prévention adéquates ;  
-consulter les CSE d'établissement sur différents points (l'évaluation des risques, la mise à jour du DUER, les mesures de prévention adéquates au niveau des établissements et les conditions de reprise d'activité sur les sites).

Le juge des référés a retenu que l'employeur avait :

-initié la mise à jour des DUER ;  
-élaboré un plan de reprise contenant diverses mesures pour assurer la santé et la sécurité des salariés ;  
-informé et consulté le CSE central sur ce plan ;  
-informé les CSE d'établissement de ce plan.

Pour le juge des référés, il n'y avait pas là aucun «*trouble manifestement illicite*». Il n'a donc pas donné gain de cause aux deux CSE d'établissement qui l'avaient saisi.

Le juge des référés est même allé jusqu'à approuver l'employeur en reprenant un de ses arguments : «*Le Code du Travail n'impose (...) pas que le CSE intervienne dans l'évaluation des risques qui incombe à l'employeur ni dans l'élaboration et la mise à jour du DUER*».

Il est essentiel de rappeler que la mise à jour du DUER n'est, par essence, pas un préalable obligatoire à la reprise ou à l'exercice d'activité sur site. La mise à jour du DUER, au-delà de l'obligation annuelle d'actualisation, ne s'impose, principalement, que pour évaluer et analyser de nouveaux risques identifiés, prendre les mesures et définir les actions adéquates pour l'avenir.

Cette démarche est donc régulière, évolutive, circonstanciée et se réalise au gré et compte tenu des situations et des changements qui interviennent. La mise à jour du DUER n'est pas un préalable requis par les textes pour reprendre l'activité dans les circonstances actuelles. Elle ne l'est pas davantage pour exercer une activité.

A NOTER : Par cette solution, le Tribunal Judiciaire de Lyon adopte ainsi une position différente de celle de la Cour d'appel de Versailles (arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 24 avril 2020). La Cour de cassation, quant à elle, ne s'est pas encore prononcée sur la question.

En définitive, il convient de ne pas confondre :

-l'information-consultation du CSE sur les décisions de l'employeur qui ont pour objectif de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de Covid-19, comme par exemple un plan de déconfinement ;

-et la mise à jour du DUER (évaluation des risques et retranscription dans le DUER), qui relève de l'employeur seul dans une temporalité différente de la consultation.

Aucun des textes adoptés pour l'information-consultation du CSE sur les décisions telles qu'un plan de déconfinement n'impose à l'employeur de consulter, préalablement ou non, le CSE sur la mise à jour du DUER.

## **9/ Quel est le cadre juridique applicable aux masques de protection ?**

### **A) Un principe de ports de masques de protection qui est, dans un premier temps, demeuré limité**

Avant le lundi 11 mai 2020, il n'existait aucune disposition impérative qui imposait à tout particulier ou tout représentant d'entreprise de porter un masque de protection dans l'espace public.

Un décret publié le lundi 11 mai 2020 a prévu des dispositions spécifiques concernant le port du masque dans les transports en commun **(NB : sur le protocole national de déconfinement et le port de masques de protection, se référer à la partie 12 du présent questions-réponses)**.

A ce décret se sont désormais substitués deux autres décrets : ceux des 10 et 17 juillet 2020. Ils ont confirmé, et élargi, l'obligation de porter des masques de protection contre le covid-19 dans un certain nombre de situations identifiées.

En outre, il existe naturellement certains métiers où, pour des raisons sanitaires et de santé sécurité qui excèdent largement le cadre de la pandémie actuelle, le port d'un masque de protection est obligatoire : professions de santé, certains métiers de la restauration.

A NOTER : dans une ordonnance de référé du vendredi 17 avril 2020, le Conseil d'Etat a réaffirmé le principe selon lequel dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, les maires ne peuvent prendre des mesures supplémentaires de lutte contre le Covid-19 que si des circonstances propres à leur commune l'imposent. Dans ce litige, le maire de la ville de Sceaux avait décidé d'imposer le port du masque obligatoire aux habitants de la ville.

Le juge des référés du Conseil d'Etat a estimé que les circonstances invoquées par le maire de Sceaux, tenant à la démographie de sa commune et la concentration de ses commerces de première nécessité dans un espace réduit, ne constituaient pas des raisons impérieuses liées à des circonstances locales justifiant que soit imposé le port du masque dans l'espace public de la commune, alors que les autorités de l'Etat n'ont pas prévu une telle mesure à l'échelle nationale.



Le Conseil d'Etat a ajouté que l'édiction, par un maire, d'une telle interdiction, était susceptible de nuire à la cohérence des mesures prises par les autorités sanitaires, dans un moment où l'État est, en raison d'un contexte contraint, amené à fixer des règles nationales précises sur les conditions d'utilisation des masques chirurgicaux et FFP2 et à ne pas imposer, de manière générale, le port d'autres types de masques de protection.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-maire-de-sceaux-ne-peut-imposer-le-port-d-un-masque-de-protection-dans-l-espace-de-sa-commune>

### **B) L'élargissement de l'obligation du port de masques de protection contre le covid-19**

Il n'existait pas, avant les décrets du 11 mai (désormais abrogé) 10 juillet et 17 juillet 2020 (tous deux en vigueur) d'obligation si ce n'est systématique, du moins généralisée, de port du masque dans les magasins. Mais ces dispositions ont conduit à l'évolution de la réglementation.

Dans un premier temps, l'article 27 du décret du 10 juillet 2020 a prévu que «*toute personne de onze ans ou plus porte un masque de protection dans les établissements de type L, X, PA, CTS, V, Y et S, ainsi que, s'agissant de leurs espaces permettant des regroupements, dans les établissements de type O*».

Ces références signifient que sont concernés, en application de l'Article 1 de l'Arrêté du 25 juin 1980 portant approbation des dispositions générales du règlement de sécurité contre les risques d'incendie et de panique dans les établissements recevant du public, les lieux suivants :

- Salles d'auditions, de conférences, de réunions, de spectacles ou à usage multiple, y compris les salles de spectacle et les cinémas ;
- Restaurants et débits de boissons ;
- Hôtels et pensions de famille ;
- Salles de jeux ;
- Établissements d'éveil, d'enseignement, de formation, centres de vacances, centres de loisirs sans hébergement ;
- Bibliothèques, centres de documentation ;
- Établissements de culte ;
- Établissements sportifs couverts ;
- Musées ;
- Établissements de plein air ;
- Chapiteaux, tentes et structures ;
- Hôtels-restaurants d'altitude ;
- Établissements flottants ;
- Refuges de montagne.
- Les gares routières et maritimes ainsi que les aéroports.

**Depuis le lundi 20 juillet 2020, s'ajoutent les catégories suivantes (article 1 du décret du 17 juillet 2020) :**

- Magasins de vente, centres commerciaux ;
- Administrations et banques.

Les marchés couverts ont également été ajoutés.

Dans les autres catégories d'établissements, il peut être rendu obligatoire par l'exploitant.

### **C) Les sanctions attachées au non-respect de l'obligation de port d'un masque de protection contre le covid-19**

La loi n°2020-290 du 23 mars 2020 a créé un nouveau régime d'état d'urgence sanitaire afin de répondre au mieux à la pandémie générée par le coronavirus.

Le législateur a notamment introduit des dispositions pénales afin de sanctionner les infractions aux dispositions de l'état d'urgence sanitaire (article L3136-1 du Code de la Santé Publique). Le non-respect des mesures de confinement ainsi que des ordres de réquisition expose le contrevenant à une peine de prison de six mois maximum et une amende de 10 000 euros.

L'article L3136-1 précise en outre que la violation des autres interdictions ou obligations édictées en application des articles L3131-1 (concernant toutes mesures prises par arrêté du Ministre de la santé destiné à parer à une situation d'urgence sanitaire) et L3131-15 à L3131-17 (concernant toutes mesures prises par le Premier Ministre ou le représentant de l'Etat territorialement compétent- le préfet notamment pour faire face à une situation d'urgence sanitaire) est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe.

**RAPPEL** : une contravention de 4<sup>e</sup> classe entraîne le paiement d'une amende de 135 euros, pouvant être majorée ou minorée en fonction des circonstances.

Cette contravention peut faire l'objet de la procédure de l'amende forfaitaire prévue à l'article 529 du Code de procédure pénale. Si cette violation est constatée à nouveau dans un délai de quinze jours, l'amende est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe.

#### **D) Les questions-Réponses des pouvoirs publics relatif aux masques et aux obligations des entreprises**

La Direction Générale des Entreprises (DGE) et la Direction Générale du Travail (DGT) ont publié sur internet un questions-réponses relatif aux masques de protection. La qualification juridique des masques est évoquée par le document, avant que ne le soit l'utilisation des masques, ainsi que leur entretien et les modalités selon lesquelles il est possible de se procurer des masques.

##### **a) La qualification juridique des masques de protection**

**Les masques FFP sont des équipements de protection individuelle (EPI)** : ces masques sont des masques de protection respiratoire, qui protègent le porteur du masque contre l'inhalation de particules en suspension dans l'air. Il en existe trois types : FFP1 (filtration de 80% des aérosols), FFP2 (filtration de 94% des aérosols), FFP3 (filtration de 99% des aérosols).

A ce titre, ils sont considérés comme des EPI et destinés en priorité aux professionnels de santé et aux autres professionnels (par opposition aux masques grand public).

Ces masques sont donc concernés par les dispositions du Code du travail relatives aux conditions d'utilisation des EPI, à l'information et la formation des salariés les utilisant (articles R4323-91 et suivants du Code du travail).

**Les autres types de masques ne sont pas des EPI** : Les masques de type chirurgicaux (norme européenne NF 14683, de type I, II et IIR ou norme étrangère équivalente) évitent la projection du porteur vers l'environnement extérieur et ne sont pas des EPI. Ils ont été mis à a disposition des professionnels et du grand public en ce qui concerne ceux qui sont à usage unique non stériles.

Ne sont pas non plus des EPI les masques dits grand public en textile à filtration garantie développés dans le cadre de l'épidémie de Covid-19 (régis par une note de la DGT et DGS- Direction Générale de la Santé) ainsi que ceux fabriqués par les professionnels du textile ou faits maison (dans le respect des normes AFNOR SPEC S76-001).

**ATTENTION** : depuis la mise à jour du protocole national sanitaire le 29 janvier 2021, seuls sont recommandés les masques «grand public filtration supérieure à 90 %» (correspondant au masque dit de «catégorie 1»), soit d'un masque de type chirurgical.

**Les masques grand public filtration supérieure à 90 % doivent avoir satisfait aux tests garantissant les performances requises et sont reconnaissables à l'un ou l'autre des deux logos le spécifiant, qui doit obligatoirement figurer sur leur emballage ou sur leur notice.**



##### **b) L'utilisation des masques de protection faits maison en milieu de travail**

**Les masques faits maison ne sont pas utilisables dans le cadre du travail** : Il n'est pas possible pour les masques faits maison d'apporter une garantie sur leur niveau d'efficacité. Par conséquent, ces masques faits artisanalement ne peuvent pas être utilisés dans un cadre de travail, que ce soit par les



professionnels de santé ou hors santé.

Ils ne peuvent pas davantage remplacer les EPI ou le masque à usage médical lorsque leur port est rendu nécessaire par le poste de travail.

ATTENTION : le Décret n°2021-76 du 27 janvier 2021, publié au Journal Officiel du 28 janvier 2021, exclut les masques en tissus faits maison des masques de protection contre le covid-19. Bien que n'étant pas interdits à la vente, les établissements de vente de détail doivent séparer de manière distincte les masques considérés réglementairement comme des masques de protection des masques qui ne sont pas réglementairement considérés comme tels.

### **c) L'entretien des masques de protection**

**Entretien par l'entreprise des masques grand public utilisés dans le cadre professionnel** : les masques en tissus ne sont plus recommandés par les pouvoirs publics. En principe, l'entretien de masques obligatoires et lavables qui seraient qualifiés d'EPI est à la charge de l'employeur.

**Entretien par le salarié des masques grand public utilisés hors cadre professionnel** : si le masque a été acquis par le salarié lui-même pour se protéger ou est destiné à répondre uniquement aux impératifs de santé publique (obligation de porter un masque dans les transports en commun) et non pas à prévenir un risque dans le cadre professionnel, son entretien n'est pas à la charge de l'employeur.

Toutefois, il est conseillé aux entreprises d'inclure le respect des consignes sanitaires concernant le lavage de ces masques par les salariés dans les échanges avec les représentants du personnel et de prévoir, le cas échéant, un dispositif de communication.

### **d) Les modalités selon lesquelles il est possible de se procurer des masques**

Le document donne un certain nombre d'informations concernant l'acquisition des masques par les particuliers et par les entreprises.

Concernant les entreprises, un lien permet d'accéder aux fabricants de masques grand public recensés sur le site de la DGE (<https://www.entreprises.gouv.fr/covid-19/liste-des-tests-masques-de-protection>).

Le recours à l'importation est aussi possible. Des sites facilitant ces importations sont aussi indiqués :

<https://www.entreprises.gouv.fr/covid-19/comment-importer-des-masques-de-protection>  
; <https://www.douane.gouv.fr/covid-19-vous-etes-une-entreprise-et-souhaitez-importer-des-masques>.

Une mutualisation des commandes au niveau des filières (chimie, bois, métallurgie, etc.) et des grands donneurs d'ordre a également été mise en place :

<https://www.conseil-national-industrie.gouv.fr/actualites/covid-19-filieres-industrielles-se-mobilisent-pour-aider-pme>.

Des adresses de plateformes dédiées mettant en relation acheteurs et fabricants et des adresses de plateformes d'e-commerce sont aussi recensées, dont certaines ont été développées avec le soutien des pouvoirs publics :

<https://stopcovid19.fr/customer/account/login> ; <https://savoiraireensemble.fr> ; <https://masques-pme.laposte.fr> ; <https://www.cddiscount.com/masques>.

## **10/ Quels sont les fondements juridiques des obligations de prévention des risques professionnels pesant sur les entreprises ?**

**L'article L4121-1 du Code du travail** prévoit que les employeurs doivent prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.

Ces mesures comprennent :

- 1° Des actions de prévention des risques professionnels ;
- 2° Des actions d'information et de formation ;
- 3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.

Les employeurs doivent veiller à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes.

**L'article L4121-2 du Code du travail** précise que les employeurs doivent mettre en œuvre ces mesures sur le fondement des principes généraux de prévention suivants :

- 1° Eviter les risques ;
- 2° Evaluer les risques qui ne peuvent pas être évités ;
- 3° Combattre les risques à la source ;
- 4° Adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé ;
- 5° Tenir compte de l'état d'évolution de la technique ;
- 6° Remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux ;
- 7° Planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral, tel qu'il est défini à l'article L1152-1 ;
- 8° Prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle ;
- 9° Donner les instructions appropriées aux travailleurs.

Cette démarche est conduite selon une procédure faisant intervenir les instances représentatives du personnel.

Le médecin du travail (et, plus généralement, le service de santé au travail) apporte sa compétence médicale.

### **11/ Quelles sont les adaptations des contrôles réalisées par les services de l'Inspection du Travail dans le cadre de la crise sanitaire ?**

Par une circulaire du 30 mars 2020 (non publiée), la DGT est venue préciser les modalités d'intervention de l'Inspection du travail dans le cadre de la crise actuelle :

- tenir compte du cadre juridique actuellement en vigueur ;
- se conformer, pour assurer la sécurité des agents, aux principes généraux de prévention et à leur mise en œuvre effective ;
- assurer à distance la réponse aux sollicitations, la mission d'information et de conseil étant essentielle en raison des fortes préoccupations des salariés et de leurs représentants sur les conditions de poursuite de l'activité, le bénéfice de l'activité réduite et ses conséquences sur la rémunération, les obligations et devoirs réciproques des employeurs et salariés et bien évidemment les conditions de travail ;
- gérer les interventions aux fins de contrôle au maximum à distance en se concentrant sur celles en rapport direct avec la situation et renvoyant à plus tard celles qui ne présentent pas un caractère d'urgence ;
- restreindre les interventions sur site à celles qui le justifient dans la situation actuelle ;
- cesser de recourir à l'envoi de courriers types se bornant à rappeler l'ensemble des obligations générales en matière de santé et de sécurité ainsi que les recommandations sanitaires sans s'appuyer sur des constats effectifs ou des éléments rapportés par des plaintes ; dès aujourd'hui sont mis à disposition des services et doivent être diffusés des supports adaptés à des secteurs d'activité ou des métiers.

Les adaptations consistent donc à demander aux agents de contrôle d'éviter autant que possibles les déplacements en entreprise pour s'en tenir à des contrôles à distance, sauf situation grave ou extrêmement spécifique.

Il est également demandé aux inspecteurs du travail d'éviter un surcroît de formalisme intempestif dans la période actuelle.

## **Partie 3 : La responsabilité juridique (civile et pénale) de l'employeur dans le cadre de la crise sanitaire**

### **12/ La crise sanitaire peut-elle exclure la responsabilité juridique du chef d'entreprise et de l'entreprise en tant que personne morale ?**

La crise sanitaire ne permet pas au chef d'entreprise et à l'entreprise d'être exempté de l'application de l'obligation de santé sécurité qui pèse sur lui. Pour autant, il convient de dissocier l'absence de mesure de prévention et de protection de l'insuffisance de la mise en œuvre de telles mesures.

L'employeur doit ainsi être attentif à mettre en œuvre de façon effective les mesures barrières, la distanciation sociale et, lorsqu'elles existent, les mesures identifiées par les pouvoirs publics – en charge de la politique de la santé – en relation avec les organisations professionnelles (notamment les guides sectoriels paritaires- ou unilatéraux- de bonnes pratiques « Kit de lutte contre le Covid-19 »).

En revanche, en raison de l'urgence sanitaire, le chef d'entreprise ne devrait en aucun cas se voir reprocher l'insuffisance des mesures effectivement mises en œuvre dès lors qu'elles sont respectueuses de celles indiquées par les pouvoirs publics et reprises dans le guide des bonnes pratiques. En effet, ces mesures sont décidées et mises en œuvre sur la base des connaissances scientifiques à des dates déterminées. Ces connaissances étant par définition amenées à évoluer, des mesures complémentaires (mais pas forcément supplémentaires, certaines mesures initiales pouvant être supprimées) peuvent apparaître.

Pour autant, sur un plan juridique, il existe une possibilité de mise en place d'un mécanisme dérogatoire de responsabilité juridique, qui soit adaptée aux circonstances particulières auxquelles sont aujourd'hui confrontées les entreprises.

L'urgence sanitaire impose aux pouvoirs publics une intervention claire et précise pour aménager le cadre juridique de la reprise et la responsabilité du chef d'entreprise.

De telles mesures trouvent un fondement juridique dans l'exception prévue par l'article 5.4 de la Directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 sur la santé des travailleurs qui précise que les États ont la possibilité d'exclure ou de diminuer la responsabilité des employeurs en cas de circonstances qui leur sont étrangères, anormales et imprévisibles ou en cas « *d'événements exceptionnels dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toutes les diligences déployées* ».

A cet égard, il faut souligner que la loi du 11 mai 2020 portant prorogation de l'état d'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions relatives à son régime prévoit, en son article 1, une adaptation du régime de responsabilité pénale (et uniquement pénale, donc sans lien avec la responsabilité civile, qu'il s'agisse du droit du travail ou du droit de la protection sociale).

L'article 121-3 du Code pénal, qui pose les principes de la responsabilité pénale des personnes, a ainsi été modifié. Il est désormais précisé que « *L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur* ».

Cette version permet de tenir compte des conditions particulières résultant de la mise en place de l'état d'urgence sanitaire. Ce régime confère en effet aux pouvoirs publics des prérogatives exceptionnelles pour prendre des mesures qui doivent impérativement être appliquées par les autres décideurs, publics ou privés. Cet ajout au Code pénal vise à clarifier la mise en jeu de la responsabilité des décideurs (initialement des maires essentiellement) qui ne sont chargés que de la mise en œuvre de mesures d'exception.

**ATTENTION : il ne peut être déduit de cette disposition pénale une quelconque cause d'exonération de la responsabilité pénale de l'employeur.**

### **13/ Le Covid-19 peut-il engendrer la qualification d'accident du travail ?**

En application de l'article L411-1 du Code de la Sécurité sociale, l'accident du travail est défini comme suit : « *est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprises* ».

La jurisprudence a tendance à retenir une conception extensive de la notion d'accident du travail. En effet, la Cour de cassation considère de façon constante que constitue un accident du travail un événement ou une série d'événements survenus à des dates certaines par le fait ou à l'occasion du travail, dont il est résulté une lésion corporelle quelle que soit la date d'apparition de celle-ci.

La jurisprudence exige cependant que soit caractérisée « *La survenance d'un événement soudain aux temps et lieu de travail* » (arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 18 juin 2015). Aussi, pour que l'accident du travail soit reconnu, la Cour de cassation exige que soit apportée la preuve d'un ou

plusieurs évènements soudains qu'il est possible d'identifier précisément dans le temps, ce qui semble exclure que la contamination par une maladie infectieuse puisse être qualifiée d'accident du travail.

C'est d'ailleurs en ce sens qu'avait statué l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 mars 1969 au sujet d'un médecin qui avait contracté la poliomyélite à l'exercice de ses fonctions jugeant que : «*La simple contagion ne pouvait être assimilée à un traumatisme*».

Dès lors que la preuve d'un fait accidentel est rapportée, les lésions consécutives bénéficient de la présomption d'imputabilité au travail. En cas de doute sur l'origine professionnelle de la lésion, il appartient à la caisse primaire d'assurance maladie ou à l'employeur d'établir que celle-ci trouve son origine dans une cause totalement étrangère au travail.

L'hypothèse d'une contamination au coronavirus au temps et au lieu de travail au temps et au lieu de travail pose problème, étant donné l'origine multifactorielle de la maladie. On peut toutefois identifier des populations dites à risques. Il s'agit en premier lieu des personnels soignants et, manière plus générale, de toute personne exposée au public dans le cadre de ses fonctions.

Dans l'hypothèse où un salarié réclamerait l'établissement d'une déclaration d'accident du travail, il lui appartiendrait de rapporter la preuve de la matérialité des faits. Ce préalable est indispensable au bénéfice ultérieur de la présomption d'imputabilité.

Une telle preuve ne serait pas aisée à établir, excepté pour des professions au contact du public de manière directe et récurrente.

Néanmoins, ce seul élément ne suffirait pas nécessairement à établir le caractère professionnel de l'événement, sauf à ce que le salarié ait exercé ses fonctions dans les zones considérées comme des foyers du virus.

Une autre problématique dans l'administration de la preuve réside dans le délai d'incubation de la pathologie. Généralement fixé de 5 à 14 jours, il éloigne de fait la survenance de la lésion du fait accidentel ici caractérisé par le contact contaminant.

Un tel décalage s'expliquant par le caractère intrinsèque de la pathologie, il n'empêcherait cependant pas le salarié de pouvoir bénéficier de la présomption d'imputabilité. Dans un arrêt du 17 décembre 2009, la Cour de cassation a considéré que la présomption d'imputabilité s'appliquait à une lésion (en l'espèce contamination au VIH) diagnostiquée tardivement, après que de premières analyses se soient avérées négatives.

En définitive, on peut donc considérer que, sous les importantes réserves précédemment exprimées, sur un plan purement théorique, une prise en charge d'un salarié atteint du coronavirus au titre de la législation sur les accidents du travail n'est pas totalement à exclure, même si cela serait exceptionnel.

## **14/ Le Covid-19 peut-il engendrer la qualification de maladie professionnelle ?**

La réponse à cette question est désormais positive (depuis un décret du 14 septembre 2020 publié au Journal Officiel du 15 septembre 2020), bien qu'il existe des différenciations entre activités (personnels soignants et non-soignants) ainsi que des conditions pour pouvoir prétendre à la reconnaissance de la maladie en maladie professionnelle.

### **A) Le cadre juridique de droit commun général applicable**

Il convient d'abord de rappeler la définition de la notion de maladie professionnelle. Constitue une maladie professionnelle une maladie développée à la suite d'une exposition à des nuisances ou à des risques directement liés à l'activité professionnelle de la victime.

Lorsque la maladie déclarée figure dans le tableau des maladies professionnelles et est contractée dans les conditions prévues par ledit tableau, elle est présumée être d'origine professionnelle.

La maladie figurant dans le tableau mais dont les conditions ne sont pas remplies peut également être reconnue comme étant d'origine professionnelle s'il est établi qu'elle a été directement causée dans le cadre du travail habituel de la victime, sans qu'il ne soit nécessaire que ce travail ait été la cause unique ou essentielle de la maladie.

Les maladies ne figurant pas dans le tableau peuvent également être reconnues comme étant d'origine professionnelle à la condition qu'il soit établi que la maladie ait été causée directement et essentiellement par le travail habituel de la victime et :

- soit qu'elle ait entraîné son décès ;
- soit un taux d'incapacité permanente d'au moins 25%.

Mais il faudrait en tout état de cause que la maladie soit considérée comme une maladie professionnelle par le comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles (CRRMP).

## **B) Le positionnement des pouvoirs publics suite à la crise sanitaire**

**IMPORTANT** : Les pouvoirs publics ont privilégié la création de nouveaux tableaux de MP à la modification de ceux renvoyant à un risque infectieux (n° 76 au régime général), pour mieux prendre en compte les spécificités du Covid-19 : il s'agit du tableau n° 100 au régime général et du n° 60 au régime agricole, qui s'appliquent aux «*affections respiratoires aiguës liées à une infection au SARS-CoV-2*».

### **Une reconnaissance automatique du covid-19 comme maladie professionnelle pour les personnels de santé**

Un tableau de maladies professionnelles dédié au Covid-19 «Affections respiratoires aiguës liées à une infection au SARS-COV2 » (n 100 pour le régime général, n 60 pour le régime agricole) est officiellement institué par le décret du 14 septembre 2020 (publié au Journal Officiel du 15 septembre 2020).

Il s'applique aux personnels du secteur de la santé : personnels soignants mais aussi personnels non-soignants - de laboratoire, de service, d'entretien, administratif ou de services sociaux - travaillant en présentiel dans des établissements hospitaliers et médico-sociaux (centres de santé, EHPAD, etc.). Les personnes assurant le transport et l'accompagnement des personnes atteintes du Covid-19 sont aussi concernées.

Ces personnels peuvent désormais bénéficier d'une reconnaissance «automatique» de maladie professionnelle s'ils remplissent les conditions posées par le tableau, à savoir :

- la contamination au Covid-19 est confirmée par un examen biologique ou scanner ou, à défaut, par une histoire clinique documentée ;
- la contamination a entraîné une affection respiratoire aiguë ayant nécessité une oxygénothérapie ou toute autre forme d'assistance ventilatoire ou a entraîné le décès ;
- le délai de prise en charge, c'est-à-dire le délai maximal entre la fin de l'exposition au risque et la première constatation médicale de la maladie, doit être de 14 jours.

### **Situations des autres personnels (cas hors tableau) : pas de reconnaissance automatique en maladie professionnelle**

Pour les personnels ne remplissant pas les conditions du tableau (ex. : salarié hors secteur de la santé), il faut passer par une procédure complémentaire spécifique.

Ainsi, la reconnaissance en maladie professionnelle des pathologies dues à une contamination au Covid-19 est confiée par le directeur général de la Caisse nationale de l'assurance maladie (CNAM) à un comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles unique, dédié aux maladies liées au Covid-19, afin d'harmoniser le traitement des demandes.

Ce comité comprend :

- un médecin-conseil relevant du service du contrôle médical de la CNAM ou de la direction du contrôle médical et de l'organisation des soins de la caisse centrale de la MSA ou d'une des caisses locales, ou un médecin-conseil retraité ;
- un professeur des universités-praticien hospitalier ou un praticien hospitalier particulièrement qualifié en matière de pathologie professionnelle, réanimation ou infectiologie, en activité ou retraité, ou un médecin du

travail, en activité ou retraité, sous conditions, nommé pour 4 ans et inscrit sur une liste établie par arrêté du directeur général de l'agence régionale de santé.

Après la création d'un nouveau tableau de maladie professionnelle relatif aux affections respiratoires aiguës liées au Sars-CoV2, un arrêté publié au Journal Officiel du 7 octobre 2020 a modifié les règles de tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles. Est ainsi prévue la mutualisation des dépenses liées à ces affections.

Le financement de ces dépenses sera donc assuré de manière mutualisée entre tous les employeurs, par les majorations forfaitaires déterminées chaque année par arrêté et fixée en pourcentage des salaires. conformément à ce qu'avait annoncé le gouvernement dans un communiqué du 30 juin 2020.

L'Assurance maladie a ouvert un service de déclaration en ligne de maladie professionnelle liée au Covid-19 : «declare-maladiepro» (<https://declare-maladiepro.ameli.fr>).

La demande de déclaration de maladie professionnelle Covid-19 peut s'y effectuer, accompagnée des pièces justificatives nécessaires (certificat médical initial établi par le médecin traitant, compte-rendu d'hospitalisation, le cas échéant, justificatif d'activité professionnelle, etc.)

### **15/ Quelle est l'articulation entre la notion de faute inexcusable et les notions d'accident du travail et de maladie professionnelle ?**

La notion de faute inexcusable est attachée à l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur. La jurisprudence (constante) considère que le manquement à cette obligation revêt le caractère d'une faute inexcusable (au sens de l'article L452-1 du Code de la Sécurité sociale) lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver.

La question qui peut se poser consiste à savoir si, dans l'hypothèse où le coronavirus serait analysé en un accident du travail ou une maladie professionnelle, l'employeur courrait le risque de se voir reprocher l'existence d'une faute inexcusable.

Pour qu'une faute inexcusable soit reconnue à l'encontre d'un employeur, il faut que la victime de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle parvienne à démontrer que, d'une part, il existait un danger auquel le salarié était exposé et dont l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience, et que, d'autre part, ce dernier n'a pas pris de mesure pour en préserver le salarié.

Lorsque la faute inexcusable est caractérisée, la victime, outre les prestations auxquelles elle avait déjà droit en application des dispositions du Code de la Sécurité sociale, peut prétendre à une indemnisation complémentaire se traduisant par une majoration de rente ou de capital.

Cette indemnisation comporte plusieurs volets :

- réparation des souffrances physiques et morales ;
- réparation du préjudice esthétique ;
- réparation du préjudice d'agrément ;
- réparation de la perte d'une chance d'une promotion professionnelle.

Plus généralement, le salarié peut prétendre à l'indemnisation de tout autre préjudice qui n'est pas spécifiquement pris en considération par les dispositions du Code de la Sécurité sociale. Les enjeux de la reconnaissance d'une faute inexcusable sont donc forcément très importants pour un employeur.

**IMPORTANT** : dans tous les cas, la faute inexcusable ne peut être invoquée que dans des cas d'accidents du travail ou de maladies professionnelles dûment reconnus. Il n'est pas possible, pour un salarié, d'invoquer la faute inexcusable de l'employeur sans passer par l'étape de la reconnaissance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

### **16/ Peut-il y avoir assouplissement ou exonération de responsabilité de l'employeur suite à la signature par des salariés de décharges de responsabilité ?**

L'employeur ne peut aucunement assouplir sa responsabilité, ni en être exonéré, du fait de la signature d'une décharge de responsabilité par un salarié venant travailler.



En effet, l'article L482-4 du Code de la Sécurité sociale indique qu'est nulle toute convention entre l'employeur et le salarié dans laquelle ce dernier renonce par avance à toute action judiciaire liée à la reconnaissance d'une faute inexcusable et, plus globalement, par laquelle le salarié renonce à l'application à son profit de la législation liée aux accidents du travail et aux maladies professionnelles.

La jurisprudence fait une application stricte de ce texte, qui est d'ordre public absolu (ce qui signifie qu'il n'est pas possible d'y déroger de quelque manière que ce soit). On peut notamment citer un arrêt de la Cour de cassation du 2 juin 2011 ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 avril 2013 en ce sens.

En outre, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 10 février 2016, que les obligations des salariés en matière de santé et sécurité n'affectent pas la responsabilité de l'employeur (autrement dit, sa portée n'est pas allégée). Il en résulte qu'une acceptation des risques par le salarié ne peut pas diminuer la responsabilité juridique de l'employeur.

## **17/ Quel est le degré de responsabilité pénale de l'employeur liée à la crise sanitaire actuelle ?**

En préambule, il est utile de rappeler qu'il n'existe, en l'état actuel du droit pénal, aucune infraction particulière relative à la protection des salariés face au virus qu'est le Covid-19.

Parmi les dispositions pénales générales existantes, il existe trois fondements possibles susceptibles d'être utilisés à l'encontre de l'employeur.

### **A) Le manquement aux règles d'hygiène et de sécurité**

Le premier fondement renvoie aux dispositions du Code du travail relatives à l'hygiène et à la sécurité (articles L4741-1 et L4741-9). Mais il faut souligner que le manquement aux règles d'hygiène et de sécurité prévu par le Code du travail en ces circonstances constitue un simple manquement civil : en d'autres termes, l'absence de gels hydroalcoolique, de lingettes désinfectantes ou de masques ne peut pas constituer, en l'état actuel du droit, une contravention ou un délit en l'absence de disposition le prévoyant.

### **B) La mise en danger d'autrui**

Le deuxième fondement est la mise en danger de la personne, ce fondement étant envisagé par l'article 223-1 du Code pénal. Ce texte envisage la possibilité d'engager la responsabilité pénale d'une personne en cas d'exposition directe d'autres personnes à un risque grave.

Mais la mise en œuvre de ce délit suppose que soit caractérisées :

- une exposition directe d'autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures ;
- l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement ;
- une violation manifestement délibérée de l'obligation précitée.

Une telle infraction ne peut donc pas être retenue lorsque l'obligation méconnue présente un caractère trop général. Il est ainsi considéré que le texte doit être suffisamment précis pour que soit déterminable sans équivoque la conduite à tenir dans telle ou telle situation et pour que les écarts à ce modèle puissent être aisément identifiés comme hypothèses de mise en danger.

L'obligation susceptible d'être méconnue doit en outre résulter d'une règle impersonnelle et absolue, ce qui exclut les actes qui n'ont qu'une valeur normative relative comme les circulaires ou les instructions.

Or, actuellement, le Code du travail ne prévoit pas d'obligation particulière liée à l'épidémie de Covid-19.

En revanche, les dispositions du Décret n°2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire prévoient que pour «*ralentir la propagation du virus, les mesures d'hygiène et de distanciation sociale, dites «barrière», définies au niveau national, doivent être observées en tout lieu et en toute circonstance*».

Indiscutablement, ce décret est un règlement et impose à tout un chacun (salariés comme employeurs) une obligation qui consiste à respecter des gestes «barrière».

Cette obligation paraît toutefois manquer de la précision requise par le Code pénal. En effet, les « *mesures d'hygiène* » visées par ce décret n'y sont pas définies. En ce qui concerne le principe de « *distanciation sociale* », qui pourrait a priori suffisamment clair, l'on peut relever qu'il n'existe pas de réponse aux questions suivantes : quelle doit être la distance minimale entre les personnes (qui évolue d'ailleurs au gré des nouvelles connaissances scientifiques) ? De quelle façon cette distanciation doit-elle être mise en œuvre concrètement ? Etc.

Le fait que le texte indique que les gestes dits « barrières » sont « *définis au niveau national* » n'est pas, en l'état, suffisant pour pallier cette carence puisqu'il n'existe aucun texte normatif précis s'imposant à l'employeur à ce titre.

Le droit pénal est d'interprétation stricte. Si l'on s'en tient à la formulation des dispositions relatives à la mise en danger d'autrui, les prévisions du décret ne sont à l'évidence pas suffisamment précises pour permettre à l'employeur de connaître avec un degré de précision suffisant les mesures qu'il doit mettre en œuvre pour protéger ses salariés et qu'il sache à quel moment il s'écarte de « *façon manifestement délibérée* » de ses obligations à leur égard.

Si les notes et autres fiches pratiques diffusés par le Ministère du travail à l'intention des employeurs en application de ce décret sont bien plus précises et détaillées, ainsi que le protocole national de déconfinement là encore édicté par le Ministère du travail, l'ensemble de ces documents n'a pas en tant que tel de valeur normative et contraignante de sorte que les préconisations qu'ils contiennent et qui doivent naturellement être respectées ne pourront pas constituer le fondement d'une mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'entreprise pour mise en danger d'autrui.

### **C) Les blessures et homicides involontaires**

Les articles 222-19 et 221-6 du Code pénal répriment les blessures et homicides involontaires. Il résulte de ces dispositions qu'il est possible d'engager la responsabilité pénale de l'employeur à condition de prouver la causalité certaine entre l'absence de mise en place de mesures d'hygiène et le fait d'avoir contracté la maladie. Cette causalité pourrait éventuellement être établie sur la base d'une présomption (le salarié démontrant par exemple qu'il ne vient pas d'une zone à risque, qu'il était en bonne santé et que personne de son entourage n'a attrapé le virus).

En l'état des textes (et des connaissances scientifiques), le risque de l'engagement de la responsabilité pénale de l'employeur sur le fondement de ces dispositions est donc relativement faible.

## **18/ Quels sont les risques juridiques résultant de l'application des dispositions de droit commun du Code du travail ?**

### **A) L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur relevant des dispositions du Code du travail**

Comme dit précédemment, tout chef d'entreprise se doit également, aux termes de l'article L 4121-2 du Code du travail de « *mettre en œuvre les mesures prévues à l'article L4121-1 du Code du travail* » et, notamment, de « *prendre les mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures individuelles* ». Il s'agit de l'obligation générale de sécurité pesant sur l'employeur.

Cela implique que s'il y a une possibilité **technique** de mettre en place une protection collective à la place d'une protection individuelle (écran en plexiglas, barrière matérielle séparant par exemple le caissier de son client etc. en lieu et place de gants et de masque) un inspecteur du travail pourra toujours dresser un PV à l'employeur qui n'aurait mis en place que des protections individuelles.

Ces dispositions, qui sont d'ordre public, sont notamment sanctionnées pénalement par les articles L4741-1 (amende de 10 000 euros) et suivants du Code du travail (et également notamment l'article L8112-2 du Code du travail).

### **B) Le positionnement jurisprudentiel relatif à l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur**

**Première étape : l'obligation de sécurité de l'employeur analysée comme une obligation de résultat :** L'obligation de sécurité est notamment issue de l'article L4121-1 du Code du travail interprété à la lumière de la directive CEE n°89-391 du 12 juin 1989, visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail.



La notion est apparue dans le champ du contentieux social avec la nouvelle définition de la faute inexcusable de l'employeur consacrée par les arrêts «Amiante» de 2002, la chambre sociale ayant ainsi statué : *«Attendu qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L.452-1 du code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver»* (Cass.Soc., 28 février 2002, pourvoi n° 99-21255).

L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur était ainsi érigée en obligation de résultat en droit du travail: l'employeur était responsable dès la survenance d'un accident ou d'une détérioration de l'état de santé ou de la sécurité du salarié, nonobstant les mesures qu'il aurait pu prendre pour prévenir la situation ou y mettre un terme.

La Cour de cassation a rattaché l'obligation de sécurité de résultat aux dispositions du Code du travail : ainsi, le fondement juridique de cette obligation est devenu un fondement légal à travers l'article L4121-1 du Code du travail aux termes duquel *«L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs»*.

La chambre sociale de la Cour de cassation a rendu, le 25 novembre 2015, un arrêt «Air France» à l'attendu significatif et de principe, promis à une publication au prochain rapport de la Cour de cassation et sur son site internet. Il s'agit en effet d'un arrêt bénéficiant du plus haut degré de hiérarchisation des arrêts (FP-P +B+R+I<sup>1</sup>- la mention FP signifie Formation Plénière de chambre).

Cet arrêt a fait l'objet d'une publicité maximale et a traduit un infléchissement notable de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'obligation de sécurité qui n'est plus de résultat.

C'est désormais une obligation de moyens renforcée (également appelée obligation de résultat atténuée) mais qui interroge quant aux perspectives induites par cette nouvelle jurisprudence.

L'arrêt comporte l'attendu de principe suivant : *«Mais attendu que ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail.»*.

**Dans cet arrêt, pour la première fois, l'employeur est autorisé à démontrer qu'il a pris toutes les mesures possibles, et qu'il peut donc être exonéré de sa responsabilité sur le fondement de l'obligation de sécurité.**

L'intérêt majeur de l'arrêt se comprend à travers la distinction juridique entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyen.

**Obligation de moyen** : Dans le cadre d'une obligation de moyen, le débiteur s'engage à mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour parvenir à un résultat, mais ne s'engage pas sur le résultat lui-même. En conséquence, si le résultat n'est pas atteint, le créancier qui souhaite engager la responsabilité du débiteur doit prouver une faute de ce dernier.

Le débiteur, quant à lui, peut s'exonérer par la démonstration qu'il a agi de bonne foi et accompli toutes les diligences possibles pour éviter la réalisation du dommage (il peut également s'exonérer de sa responsabilité en invoquant un cas de force majeure).

**Obligation de résultat** : Dans le cadre d'une obligation de résultat, le débiteur s'engage sur la réalisation

<sup>1</sup> Les mentions «P.B.R.I.» permettent de hiérarchiser les arrêts de la Cour de cassation. Elles définissent la nature de la publication, qui est décidée par les magistrats de la chambre à l'issue du délibéré.

«P» désigne, selon le cas, les arrêts publiés au Bulletin des arrêts des chambres civiles ou au Bulletin des arrêts de la chambre criminelle.

«B» désigne les arrêts publiés au Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC).

«R» désigne les arrêts analysés au rapport annuel de la Cour de cassation.

«I» désigne les arrêts diffusés sur le site internet de la Cour de cassation.

Ces différents supports de publications peuvent se combiner, un arrêt pouvant être qualifié, par exemple, « P+B », « P+B+R » ou encore « P+B+R+I », selon l'importance que la chambre lui accorde.

d'un résultat déterminé. En conséquence, si le résultat n'est pas atteint, il a manqué à son obligation. Le créancier n'a donc pas à prouver de faute de la part du débiteur : pour engager la responsabilité de ce dernier, il lui suffit de faire constater que le résultat n'a pas été atteint.

Le débiteur ne peut ici s'exonérer de sa responsabilité qu'en invoquant un cas de force majeure. Lorsque même une situation de force majeure n'est pas exonératoire, on parle alors d'obligation de garantie).

En droit du travail, en l'espèce, dans l'arrêt Air France, s'il s'agissait d'une simple obligation de moyen, le salarié (créancier) devrait démontrer que l'employeur n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour empêcher la dégradation de son état de santé. Ce n'est évidemment pas de cela qu'il s'agit.

Au contraire, dans une obligation de résultat, c'est la simple réalisation de la dégradation de l'état de santé du salarié qui justifierait la mise en cause de la responsabilité de l'employeur (la seule cause exonératoire étant la force majeure, notion appréciée très restrictivement par les juridictions).

A dire vrai, ces dernières années, la jurisprudence s'était plutôt orientée vers la mise en place d'une obligation de résultat renforcée à la charge de l'employeur (qui confinait à une obligation de garantie, entraînant l'impossibilité de s'exonérer de sa responsabilité y compris en cas de force majeure).

Les jurisprudences d'une exceptionnelle sévérité en matière de harcèlement (l'employeur étant condamné même s'il avait réagi immédiatement en cas de difficulté, et étant traité comme l'employeur de mauvaise foi ou l'employeur n'ayant pas réagi) en étaient l'illustration.

L'obligation de sécurité telle que précisée dans l'arrêt ne constitue donc ni une simple obligation de moyen, le salarié n'ayant pas la charge de la preuve, ni une obligation de résultat, puisque l'employeur se voit offrir la possibilité de prouver qu'il a bien respecté les dispositions légales pour s'exonérer de sa responsabilité.

**Il s'agit donc d'une obligation de résultat atténuée (ou obligation de moyen renforcée)** : il y a bien une présomption de responsabilité qui pèse sur l'employeur, qui est le débiteur de l'obligation de sécurité (le salarié n'a pas à prouver de faute de la part de l'employeur, donc l'on se situe au-delà d'une simple obligation de moyen), mais il est admis que l'employeur puisse se justifier comme s'il était dans le cadre d'une obligation de moyen en démontrant qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour éviter la réalisation du dommage et respecter les prescriptions légales et réglementaires.

Cela signifie qu'il peut s'exonérer de sa responsabilité (c'est d'ailleurs le cas dans l'arrêt Air France) autrement que par un cas de force majeure : l'on se situe donc bien en-dessous d'une obligation de résultat.

Cette analyse jurisprudentielle rend mieux compte de la lettre de l'article L4121-1 du Code du travail. En effet, l'obligation de sécurité qui y est visée consiste à prendre des mesures, plutôt que parvenir à un résultat. On voit mal, dans ces conditions, comment maintenir l'idée d'une obligation de résultat.

En revanche, l'idée d'une obligation de moyen renforcée est légitimée par le fait que l'obligation de sécurité ait un fondement légal.

C'est d'ailleurs bien cette expression qui a été utilisée par la Cour d'appel de Lyon, dans un arrêt du 10 février 2017 dans lequel, abandonnant la référence à la notion « *d'obligation de sécurité de résultat* », elle estime que l'employeur n'était plus désormais tenu que d'« *une obligation de sécurité de moyens renforcés* ».

Ce positionnement a été confirmé par **l'arrêt Finimétal rendu par la Cour de cassation le 1<sup>er</sup> juin 2016. La Cour de cassation admet que l'employeur puisse être exonéré de sa responsabilité en cas de harcèlement moral entre collègues de travail, et ce à une double condition :**

-qu'il démontre avoir mis en place une politique de prévention de qualité en amont ;

-qu'il démontre avoir pris des mesures immédiates propres à faire cesser le dommage en aval, qui doivent être mises en œuvre dès qu'il est informé de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral que l'employeur peut être exonéré de sa responsabilité.

L'arrêt du 1er juin reprend le même attendu de principe que l'arrêt Air France du 25 novembre.

L'arrêt Air France du 25 novembre 2015 avait donc effectivement vocation à changer la donne en matière d'obligation de sécurité dans le domaine des relations individuelles de travail. L'arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2016 opère

un revirement de jurisprudence sur la responsabilité de l'employeur en cas de faits de harcèlement moral.

En synthèse :

-L'employeur ne doit pas seulement justifier qu'il a agi de manière réactive et immédiate, dès la connaissance des faits «*susceptibles de constituer un harcèlement moral*» (même si à ce stade le harcèlement –moral ou sexuel- est simplement allégué et non établi) ;

-L'employeur doit aussi et surtout travailler en amont sur la prévention primaire et justifier qu'il a bien déployé toutes les diligences propres à prévenir la survenance de faits de harcèlement moral et prévues par les articles L4121-1 et L4121-2 du code du travail, ce dernier renvoyant aux 9 principes généraux de prévention, qui constituent la base de toute politique efficace de prévention des risques professionnels.

La Cour de cassation a rendu, le 8 octobre 2020, deux arrêts de principe en matière d'obligation de sécurité de l'employeur (sur un même thème et deux affaires distincts, il est plutôt rare d'avoir deux arrêts de principe).

La Haute Juridiction rappelle que cette obligation s'apprécie de manière très rigoureuse : à défaut d'une obligation de résultat, nous nous trouvons bien dans le cadre d'une obligation de moyen renforcée.

Le premier arrêt concerne une problématique d'agression de conducteurs.

La Cour de cassation relève à cette occasion : «*Le manquement à l'obligation légale de sécurité et de protection de la santé à laquelle l'employeur est tenu envers le travailleur a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était soumis le travailleur et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver. Dès lors qu'au jour de l'accident survenu à un conducteur d'autobus, 4 agressions en 20 mois avaient été signalées sur la ligne, l'employeur avait ou aurait du avoir conscience du risque d'agression physique auquel étaient exposés les conducteurs*» (Cass. 2e civ. 8-10-2020 n° 18-25.021 FS-PBI).

[https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/deuxieme\\_chambre\\_civile\\_570/911\\_8\\_45617.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/911_8_45617.html)

Le second arrêt est relatif à la caractérisation de la faute inexcusable de l'employeur lorsqu'il s'avère que les dispositifs de protection fournis aux salariés sont inefficaces.

Pour dire que l'employeur n'avait pas commis de faute inexcusable, la Cour d'appel de Metz avait relevé :

-d'une part, que s'agissant de la foration, l'instruction de 1956 admettait la foration à sec sur des massifs à faible teneur en silice ;

-d'autre part, que s'agissant des conditions d'arrosage et d'humidification des poussières, MM. X et C, seuls témoins ayant travaillé avec la victime, faisaient uniquement état d'un environnement poussiéreux du fait d'un manque d'arrosage d'eau, sans aucune description des moyens de protection existants, de sorte que la cour s'estimait ne pas être en mesure d'apprécier la faute de l'employeur dans la mise en place des mesures pour protéger la victime et que, s'agissant des masques, le requérant soutenant que l'employeur ne lui fournissait pas de masque avant 1965 ne produisait aucun élément permettant de démontrer ce qu'elle allègue et qu'il ressortait de l'attestation de M. C, ancien collègue direct, que celui-ci portait effectivement un masque ; qu'il n'apporte toutefois aucune précision concernant l'efficacité des masques fournis et l'effort de distribution de l'employeur.

La Cour de cassation a cassé cette décision. Pour la Cour de cassation, les juges du fond avaient constaté eux-mêmes l'inefficacité des mesures de protection fournis aux salariés par l'employeur. Dès lors, la faute inexcusable s'en trouvait nécessairement caractérisée.

[https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/deuxieme\\_chambre\\_civile\\_570/937\\_8\\_45631.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/937_8_45631.html)

## **Partie 4 : La portée du contrôle des juges sur l'activité des entreprises durant la période de crise sanitaire**

### **19/ Quelles sont les adaptations exigées par les juges en matière de mesures de prévention des risques liés au coronavirus ?**

## **A) L'ordonnance de référé et l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles concernant AMAZON**

Dans une ordonnance de référé du 14 avril 2020, le Tribunal judiciaire de Nanterre a reproché à une société (AMAZON) exerçant des activités de prestations logistiques de ne pas avoir suffisamment évalué les risques induits par le coronavirus à l'égard de ses salariés. En conséquence, dans l'attente de la mise en place de mesures complémentaires, la société a été contrainte de restreindre (sous astreinte d'un million d'euros par jour de retard et infraction constatée, et ce sur une période d'un mois) l'activité de ses entrepôts aux seules activités de réception des marchandises, de préparation et d'expédition de commandes de produits essentiels.

Cette décision, même si elle intervient sur la forme et non sur le fond, est importante en ce qu'elle révèle un certain nombre d'aspects sur lesquels les contrôles judiciaires devraient s'exercer.

Une organisation syndicale représentative au sein de l'entreprise avait saisi en référé le tribunal judiciaire, reprochant à la société de ne pas adopter de mesures suffisamment protectrices pour les salariés en activité. Dans le même temps, plusieurs DIRECCTE avaient adressé des lettres d'observations à certains établissements de ce groupe.

Dans ce contexte d'épidémie, il n'incombe pas à l'employeur de garantir l'absence de toute exposition des salariés à des risques mais de les éviter le plus possible, et s'ils ne peuvent être évités, de les évaluer régulièrement afin de prendre ensuite toutes mesures utiles pour protéger au mieux les salariés.

En l'espèce, le juge des référés a reproché à l'employeur les faits suivants :

- ne pas avoir associé les représentants du personnel à l'évaluation des risques que la direction aurait menée ;
- ne pas avoir suffisamment évalué les risques de contamination liés au Covid-19 s'agissant de l'utilisation des vestiaires ;
- ne pas avoir suffisamment évalué les risques de contamination à l'entrée de tous les sites qui obligent les salariés à emprunter un portique tournant ;
- ne pas avoir justifié avec suffisamment de précisions des protocoles mis en place concernant la fréquence des nettoyages même si les juges constatent qu'elle a été augmentée ;
- ne pas avoir justifié de l'intégralité des plans de prévention avec les entreprises extérieures ;
- ne pas avoir évalué préalablement les risques liés à la manipulation des colis qui passent de main en main avant de définir les mesures de sécurité et de prévention nécessaires ;
- ne pas avoir assuré avec suffisamment d'effectivité les mesures de distanciation sociales ;
- ne pas avoir mis en place des mesures de formations des personnels suffisantes et adaptées ;
- ne pas avoir évalué les risques psychosociaux (RPS).

Le juge des référés en a conclu que l'évaluation des risques induit par l'épidémie était insuffisante, sa qualité ne garantissant pas une mise en œuvre permettant une maîtrise appropriée des risques spécifiques correspondant à la situation exceptionnelle actuelle.

Le juge des référés a donc ordonné la mise en place par l'entreprise de mesures complémentaires pour limiter ou limiter les conséquences de l'exposition des salariés aux risques.

Dans un arrêt du 24 avril 2020, la Cour d'appel de Versailles a confirmé l'ordonnance de référé.

Les juges de la Cour d'appel, tout comme ceux du Tribunal judiciaire de Nanterre, ont constaté que la société avait déjà pris de nombreuses mesures : aménagement des pauses (espacements des chaises, modification des horaires), réorganisation des prises de poste pour limiter la densité des personnes dans un même espace, désactivation des portiques de sécurité à la sortie pour fluidifier les mouvements de personnes, nettoyages plus fréquents, mise à disposition de gel hydroalcoolique, communication sur les gestes barrières, prise de température proposée aux salariés et création d'une nouvelle fonction de vérification des consignes confiée à des ambassadeurs hygiène et sécurité.

Néanmoins, la Cour d'appel a considéré que ces différentes mesures étaient insuffisantes à la bonne exécution par l'entreprise de ses obligations légales. Les magistrats ont insisté sur le fait que la qualité des mesures retenues soit variable selon les différents sites de l'entreprises.

Ils ont ensuite relevé que la société aurait dû procéder à l'information-consultation non seulement du CSE central dans le cadre de l'évaluation des risques-comprenant la modification du DUER- mais également les CSE d'établissement lesquels, dans le cadre de cette démarche d'évaluation, devaient être consultés et associés en leur qualité de représentants des salariés.

Les magistrats ont insisté sur la prise en compte insuffisante des risques psycho-sociaux (RPS) alors que des éléments factuels (courriers de salariés, procès-verbaux des réunions de CSE et lettres de l'Inspection du travail) mettaient en exergue le climat particulièrement anxiogène de la situation inédite créée par la pandémie et auraient dû conduire l'entreprise à déployer des efforts supplémentaires sur ce point.

Les juges ont insisté sur l'absence de modification des DUER au regard des RPS.

La Cour d'appel a repris les mêmes griefs que ceux qui avaient déjà été mentionnés par l'ordonnance de référé du 14 avril 2020 en ce qui concerne l'insuffisance des diverses mesures de protection des salariés et visant à limiter la propagation du virus.

Il est également à noter que la Cour d'appel a estimé, s'agissant de l'obligation de formation des salariés de l'entreprise, que celle-ci devait nécessairement être individualisée selon les postes de travail.

Les magistrats ont considéré, par ailleurs, que les mesures prises depuis l'ordonnance de référé étaient notoirement insuffisantes sur l'ensemble des sites et qu'elles laissaient persister un risque pour les salariés sur chaque site, de subir un dommage imminent de contamination susceptible de se propager à des personnes extérieures à l'entreprise.

En conséquence, la Cour d'appel a confirmé l'ordonnance de référé enjoignant l'entreprise à procéder à l'évaluation des risques en application des dispositions du Code du travail ainsi qu'une reprise du travail avec un nombre restreint de personnes permettant de respecter les mesures de distanciation sociale.

Pour parvenir à cet objectif, les juges ont décidé de restreindre les activités des entrepôts de la société à la réception des marchandises, la préparation et l'expédition des commandes de produits de première nécessité ou indispensables notamment au télétravail que le gouvernement a entendu privilégier. La Cour d'appel a listé les produits en s'appuyant sur une liste de la société AMAZON elle-même.

En définitive, la lecture de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles permet deux observations :

a) L'implication des CSE dans les mesures de prévention des risques liés au coronavirus et de protection des salariés semble constituer un élément moteur de la décision de la Cour d'appel ;

b) de même, la prise en considération par l'entreprise des risques psycho-sociaux (RPS), au-delà de l'aspect de la protection physique des personnels, paraît constituer un point clé de l'arrêt (au-delà d'ailleurs de la crise conjoncturelle liée au coronavirus).

## **B) L'ordonnance de référé du Tribunal judiciaire de Lille concernant l'hypermarché CARREFOUR**

Dans une ordonnance de référé du 24 avril 2020, le Tribunal judiciaire de Lille a jugé que l'hypermarché CARREFOUR de Lomme pouvait continuer à ouvrir l'intégralité de ses rayons après avoir relevé que la société avait pris à l'égard des salariés et des clients des mesures concrètes pour lutter contre la propagation du virus.

Les mesures identifiées par le juge sont les suivantes :

- communication sur les gestes de prévention auprès des salariés et briefings des managers ;
- rédaction d'un plan d'activité et briefings des managers afin de définir les structures minimales (réduire au maximum le nombre de salariés nécessaires) et les rayons prioritaires, les process de gestion des collaborateurs en cas de coronavirus ;
- filtrage des entrées et sorties des clients et régulations des flux à l'entrée du magasin et aux caisses ;
- distribution de flacons de gel rechargeables à tous les salariés présents ;
- marquage au sol afin de respecter les distances de sécurité aux caisses, accueils et stands ;
- nettoyage des caisses, scannettes et paniers plusieurs fois par jour et mise à disposition de caddies désinfectés au clients ;
- affichagees pour les collaborateurs sur les attitudes à adopter et le process en cas de symptômes ;
- installation de plexiglas sur les caisses, accueil et point sécurité ;
- mise à disposition de casquettes avec visière, de masques, de gants et de savons gel hydroalcoolique pour les salariés ;
- briefings des managers sur les rappels des gestes barrières pour une information descendante ;
- affichage des règles de distanciation et des gestes barrières ;

-absence de réassort dans les rayons pendant les périodes d'ouverture au public afin de limiter les contacts entre les salariés et les clients.

La mise en place de ces mesures de prévention constitue le point de contrôle essentiel de la poursuite pleine et entière du magasin.

Ainsi, après avoir évalué la pertinence des actions de prévention portant notamment sur le nombre limité de clients dans les rayons et le risque réduit de contacts entre ces derniers et les salariés, le Tribunal judiciaire de Lille a jugé que la demande visant à la fermeture de certains rayons n'était pas justifiée en insistant sur le fait qu'ils n'exposaient pas davantage les salariés au Covid-19.

### **C) L'ordonnance de référé du Tribunal judiciaire de Lyon du 11 mai 2020 concernant une entreprise de livraison**

Dans cette affaire concernant une entreprise de livraison de la région lyonnaise d'une centaine de salariés, un élu du CSE a, le 16 mars 2020, exercé son droit d'alerte pour danger grave et imminent du fait de l'exposition des salariés au Covid-19.

Le 20 mars 2020, s'est tenue une réunion avec la direction, aboutissant à la persistance d'un désaccord concernant l'évaluation des risques liés au virus, à la formation et à l'information des salariés ainsi qu'à la mise à leur disposition des équipements de protection individuelle.

L'Inspection du travail est alors intervenue et a procédé à plusieurs visites, à l'issue desquelles elle a fait assigner la société en référé, considérant que plusieurs manquements à la sécurité étaient avérés.

Dans son ordonnance de référé du 11 mai 2020, le Tribunal judiciaire de Lyon a ordonné à la société :

- de reprendre son évaluation des risques professionnels ;
- de mettre en œuvre de manière effective les mesures de protection des salariés.

Les juges ont reproché à la société d'avoir incorrectement actualisé le document unique d'évaluation des risques (DUER) en :

-évalué le risque de manière incorrecte : dans le système élaboré par la société, la gravité possible de la lésion était cotée à 20 alors qu'elle aurait dû être cotée à 50 pour prendre en compte une possibilité de décès, compte tenu de la dangerosité du virus et du risque d'exposition des salariés du fait de leur activité, laquelle impliquait des contacts avec les clients.

-ne procédant pas à une évaluation des situations de travail réelles par site et par métier.

En outre, les juges ont reproché à la société de ne pas avoir impliqué le CSE dans le processus d'actualisation du DUER. Le Tribunal a donc contraint la société, sur ce point, à *« reprendre son évaluation des risques en intégrant de façon pleine et entière les représentants du personnel élus au CSE à chaque étape de cette évaluation, de manière à ce qu'elle s'effectue à partir des situations de travail réelles et selon les principes généraux de prévention des risques »*.

Le Tribunal judiciaire de Lyon a également exigé de la société, *« sur la base de cette évaluation et en lien étroit avec les entreprises donneuses d'ordre chez lesquelles les salariés sont susceptibles d'intervenir, de définir une organisation du travail, des processus de travail par métier et en fonction des sites et activités permettant de garantir les salariés contre le Covid-19 »*.

L'utilisation du terme *« garantir »* est malheureuse : il n'est en effet pas possible de garantir un salarié contre un virus. L'entreprise peut seulement prendre toutes les mesures adaptées à la situation, ce qui renvoie à l'exécution de son obligation de moyen renforcée. Mais il ne s'agit pas d'une obligation de garantie.

Le Tribunal a fourni un autre élément d'analyse intéressant : il a reproché à la société de n'avoir pas des équipements de protection aux salariés en quantité suffisante. Les salariés chargés de la préparation des commandes et des livraisons indiquaient n'avoir reçu qu'une seule fois en mars des masques, des gants et du gel hydroalcoolique. Un manager de proximité leur avait fourni du matériel de protection à leur demande et avait alerté l'entreprise sur le manque d'équipements les 4 et 9 avril.

Le Tribunal a en conséquence considéré que *« l'approvisionnement en dispositifs individuels de protection, gants, gel hydroalcoolique, et masques par la société n'a pas été assuré de manière satisfaisante pour que chaque salarié en dispose lors de son travail effectif sur site »*.

Les exigences posées par le Tribunal judiciaire de Lyon sont les suivantes : la société doit «*fournir des équipements de protection individuelle appropriés (masques et gants) ainsi que du savon ou du gel hydroalcoolique dès lors que le poste de travail n'est pas fixe ou immédiatement à proximité d'un point d'eau, d'en justifier la mise à disposition en permanence et e quantité suffisante, de garantir l'équipement permanent et suffisant de chacun des véhicules de la société en gel hydroalcoolique de sorte que les livreurs puissent en voir toujours à disposition*».

#### **D) L'ordonnance de référé du Tribunal judiciaire d'Aix-en-Provence du 30 avril 2020**

Cette affaire concernait deux boulangeries d'une même entreprise où l'inspecteur du travail avait constaté des manquements en termes de santé et de sécurité des salariés au regard des risques liés au Covid-19.

Il avait saisi le juge en référé sur le fondement des dispositions générales du code du travail lui permettant de demander au juge d'ordonner toutes mesures propres à faire cesser un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un salarié.

Le juge s'est penché sur l'évaluation des risques et les mesures de prévention appliquées par l'employeur. Il a considéré que celles-ci s'avéraient suffisantes, en prenant en compte les éléments suivants :

-une distance d'un mètre au moins est organisée entre les salariés et la clientèle, une banque de 1,15 m les séparant ;

-le sens de circulation dans le magasin est organisé conformément aux préconisations applicables dans la vente depuis la crise sanitaire ;

-les salariés disposent de masques non filtrants mais correspondant à leur activité, de gel hydroalcoolique et de gants ainsi que d'une visière en plexiglas ;

-l'organisation de l'activité a été adaptée en termes d'horaires de travail ;

-les paiements sont organisés pour limiter les contacts de la main à la main ;

-les consignes d'utilisation des équipements de protection individuelle, du lavage des mains et l'organisation du travail consécutive ont été données aux salariés (notes de service, affiches) et leur formation a été assurée.

S'il existait des contacts main à main entre les salariés et les clients, la société ne pouvait être tenue pour responsable d'une mauvaise application, notamment par la clientèle, de consignes clairement affichées et portées à la connaissance de tous.

De plus, le juge a relevé que la société justifiait de la mise à jour du document unique d'évaluation des risques et l'inspecteur n'avait pas précisé en quoi le document établi était insuffisant.

#### **20/ Les entreprises sont-elles tenues de fournir des masques FFP 2 aux salariés ?**

Dans une ordonnance de référé du 5 mai 2020 (concernant un établissement distinct de la société Carrefour), le Tribunal judiciaire de Lille a rejeté la demande d'un Inspecteur du travail qui demandait à l'entreprise de fournir à ses salariés des masques de protection FFP2, seuls à pouvoir les garantir contre les projections émanant de tiers.

Le Tribunal a considéré que le Ministère du Travail n'exigeait pas la mise à disposition de masques dans les fiches de commerces de détail. En l'espèce, la société avait fourni à ses salariés des masques chirurgicaux accompagnés de consignes strictes et d'indications sur la durée d'utilisation ainsi que la méthode à employer pour les mettre.

Le Tribunal judiciaire a en outre fait allusion au caractère irréaliste de la demande de l'Inspection du travail, rappelant que ce type de masques était réservé aux professionnels de santé ainsi qu'aux services d'aide à domicile.

#### **21/ Les entreprises en contact avec des clients sont-elles tenues de leur imposer le port de masques de protection ?**

Dans l'ordonnance de référé du 5 mai 2020, le Tribunal judiciaire de Lille a rejeté la demande d'un Inspecteur du travail qui demandait que la société impose aux clients le port de masques chirurgicaux. Le Tribunal a rappelé qu'en l'état alors applicable de la réglementation, le port du masque dans les magasins

n'était pas obligatoire et qu'il n'y avait aucun lien de subordination permettant à l'entreprise d'imposer à ses clients le port de masques.

Il n'existait pas, avant les décrets du 11 mai (désormais abrogé) 10 juillet et 17 juillet 2020 (tous deux en vigueur) d'obligation si ce n'est systématique, du moins généralisée, de port du masque dans les magasins. Mais ces dispositions ont conduit à l'évolution de la réglementation.

Si le port du masque n'est pas une obligation généralisée en tant que telle dans toutes les entreprises (hors catégories indiquées à la question 9 du présent questions-réponses), il faut se référer, pour la plupart d'entre elles aux dispositions du Décret du 10 juillet 2020 (que le Décret du 17 juillet 2020 ne fait que compléter/modifier sans abroger) et qui prévoient :

-que les masques doivent être portés systématiquement par tous dès lors que les règles de distanciation physique ne peuvent être garanties ;

-que les obligations de port du masque ne s'appliquent pas aux personnes en situation de handicap munies d'un certificat médical justifiant de cette dérogation et qui mettent en œuvre les mesures sanitaires de nature à prévenir la propagation du virus (Article 2 du Décret du 10 juillet 2020).

La réponse à la question est donc positive : en milieux fermés, toutes les enseignes commerciales sont tenues d'imposer aux clients le port d'un masque de protection contre le covid-19.

## **22/ Les masques chirurgicaux et les gants constituent-ils juridiquement des équipements de protection individuelle (EPI) ?**

Dans la même affaire ayant donné lieu à l'ordonnance de référé du 5 mai 2020, l'Inspecteur du travail estimait que les gants et les masques pouvaient être qualifiés d'équipements de protection individuelle (EPI) car il s'agit de dispositifs ou moyens destinés à être portés ou tenus par une personne en vue de la protéger contre un ou plusieurs risques susceptibles de menacer sa santé ou sa sécurité (article R4311-12 du Code du travail).

En conséquence, l'Inspection du travail demandait à ce que l'employeur tienne les notices de ces EPI à la disposition des salariés et prennent l'initiative de réaliser des formations à leur usage.

Dans un premier temps, le Tribunal judiciaire a qualifié les gants d'EPI, en relevant que les notices étaient effectivement affichées. Concernant les formations, le Tribunal a demandé à l'entreprise d'informer l'Inspection du travail de leur réalisation concrète (en rappelant qu'il n'existait pas d'obligation légale de formation concernant le port des masques).

Dans un second temps, les juges ont refusé de qualifier les masques chirurgicaux d'EPI, car estimant que ceux-ci protégeaient non la personne le portant mais l'entourage des projections de salive lors de l'expiration.

## **23/ Les entreprises sont-elles tenues de préciser la durée obligatoire entre deux lavages de mains ou entre chaque changement de gants ?**

Dans la même affaire que celle mentionnée aux questions précédentes, l'Inspecteur du travail exigeait que l'entreprise précise aux salariés la fréquence du lavage de mains et de changement de gants.

Le Tribunal judiciaire de Lille a relevé que la procédure établie par l'INRS ne précisait pas cette fréquence et que l'employeur avait affiché un document du groupe recommandant un lavage des mains « *le plus régulièrement possible* ». En outre, tous les salariés disposaient de gel hydroalcoolique et pouvaient aller se laver les mains autant qu'ils le souhaitent.

La réponse à l'interrogation est donc négative.

## **24/ Le coronavirus constitue-t-il un agent biologique pathogène au sens des dispositions du Code du travail ?**



Des contentieux avaient commencé à apparaître autour de la question de savoir si les prescriptions spécifiques aux risques biologiques étaient applicables en cas de risque d'exposition au covid-19. Le décret n°2021-951 du 16 juillet 2021 règle cette problématique.

### **A) La jurisprudence existante avant la mise en place du décret**

**Le Tribunal judiciaire de Lille, dans son ordonnance de référé du 24 avril 2020**, a jugé que le Covid-19 est un agent biologique pathogène au sens des dispositions du Code du travail (articles R4424-2 et R4424-3).

Il a néanmoins admis qu'une telle reconnaissance *«n'impose pas de manière automatique la fermeture de certains rayons mais implique, en cas de maintien d'un rayon, de s'interroger sur les mesures devant être mises en place pour réduire le risque d'exposition au Covid-19»*.

Pour le tribunal, cette qualification doit entraîner l'application des dispositions du Code du travail relatives à la prévention des risques biologiques (article R4421-1 du Code du travail).

Il doit être relevé que dans une ordonnance de référé du 5 mai 2020, le même Tribunal judiciaire de Lille a confirmé sa position, tout en la précisant.

Les juges écartent l'exception posée à l'article R4421-1 du Code du travail selon laquelle la réglementation sur la prévention du risque biologique ne s'applique pas si l'activité, bien qu'elle puisse conduire à exposer les salariés, n'implique pas normalement l'utilisation délibérée d'un agent biologique et si l'évaluation des risques ne met pas en évidence de risque spécifique.

Si elle venait à être confirmée par d'autres tribunaux, l'application de la réglementation sur les risques biologiques pourrait conduire à des exigences supplémentaires en termes de fourniture de vêtements de protection au travail (en application de l'article R4424-5 du Code du travail).

Cependant, l'on observe dans l'ordonnance de référé du 5 mai 2020 un assouplissement du Tribunal judiciaire de Lille sur ce point. En effet, les juges ont reconnu qu'il convenait d'écarter certains articles de cette réglementation dans la mesure où ils s'avèrent inapplicables (dont les articles R4424-4, R4424-5, R4424-9, et R4424-10 qui prévoient notamment le port d'une tenue spécifique intégrale décontaminée par l'entreprise ou jetable).

Il apparaît par ailleurs que toutes les décisions judiciaires rendues à ce jour ne vont pas dans le même sens. Ainsi, dans une ordonnance de référé du 7 mai 2020, le Tribunal judiciaire du Havre a-t-il rejeté les demandes syndicales relatives à l'application de la réglementation portant sur les risques biologiques.

Les juges ont estimé que les professionnels s'exposant à un risque biologique sont les professionnels systématiquement exposés au risque de contamination du fait de la nature de leurs activités habituelles, ce qui n'est pas le cas des salariés de Renault dont le travail consiste en la fabrication de la carrosserie et le montage de véhicules.

Il faut également relever que le Tribunal judiciaire d'Aix-en-Provence s'est prononcé dans le même sens que celui du Tribunal judiciaire du Havre dans une ordonnance de référé du 30 avril 2020 à propos d'une activité de boulangerie.

Cette affaire concernait deux boulangeries d'une même entreprise où l'inspecteur du travail avait constaté des manquements en termes de santé et de sécurité des salariés au regard des risques liés au Covid-19.

Dans cette affaire, l'Inspecteur du travail avait notamment fondé ses demandes sur les dispositions spécifiques du Code du travail concernant la prévention des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs exposés à des agents biologiques. Toutes les demandes formulées par l'Inspecteur du travail ont été rejetées.

La position du Tribunal judiciaire d'Aix-en-Provence a été justifiée de la manière suivante : Pour le juge, s'il n'est pas contestable que le virus Covid-19 soit un agent biologique pathogène, l'activité de boulangerie, même si l'on tient compte du fait qu'elle reçoit de la clientèle de manière répétée, ne compte pas parmi les activités pouvant conduire à exposer les travailleurs à de tels agents.

Le juge prend en compte sur ce point la position du ministère du Travail, publiée le 20 avril 2020, qui classe comme étant exposés au risque biologique :

-les professionnels systématiquement exposés au risque de contamination du virus du fait de la nature de leur activité habituelle (ex. : professionnels de santé et de secours) ;

-et les travailleurs dont les tâches impliquent des contacts de moins d'un mètre avec les personnels contaminés.

A NOTER : le débat judiciaire sur la qualification du covid-19 en tant qu'agent biologique pathogène est désormais clos. En effet, un arrêté du 18 décembre 2020 a classé ce virus dans la liste des agents biologiques pathogènes :

[https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/article\\_jo/JORFARTI000042840497](https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/article_jo/JORFARTI000042840497)

Un autre texte réglementaire traite du sujet : il s'agit du décret n°2021-951 du 16 juillet 2021.

### **B) Le décret n°2021-951 du 16 juillet 2021**

Ce texte réglementaire vise des employeurs et salariés répondant à deux conditions cumulatives qui sont les suivantes :

-ils travaillent dans un établissement dont l'activité habituelle ne relève pas des dispositions du code du travail relatives à la prévention des risques biologiques ;

-ils sont exposés au covid-19 à raison de leur activité professionnelle.

Le nouveau décret est applicable aux établissements et entreprises ne relevant pas du champ d'application de la réglementation portant sur les risques biologiques.

#### A) Une tentative de solidifier les fondements juridiques du «droit mou»

L'article 2 du décret indique que le Ministère du Travail se voit conférer la faculté d'émettre des recommandations. Le texte réglementaire énonce en effet : *«des recommandations à destination des employeurs pour l'évaluation des risques et la détermination des mesures visant à assurer la protection des salariés exposés au SARS-CoV-2 à raison de leur activité professionnelle. Ces recommandations sont publiées sur le site internet du ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion.»*

La notice du décret tente d'ailleurs de conforter une assise réglementaire du protocole national sanitaire en indiquant qu'il fait partie des prescriptions et recommandations dont peut faire état le Ministère du Travail.

Il s'agit là du fameux «droit souple» ou «droit mou», ensemble de prescriptions supposées non-normatives mais qui le sont souvent dans les faits, sans qu'il n'y ait de fondement légal ou réglementaire. On peut à cet égard s'interroger sur la pertinence du fait que le pouvoir réglementaire s'octroie lui-même le droit d'édicter des prescriptions hors du cadre juridique classique. Il est permis d'en douter.

**L'existence d'une obligation de formation à la sécurité** : les dispositions du Code du travail visées par le décret impliquent que qu'une formation à la sécurité soit dispensée avant que les travailleurs n'exercent une activité impliquant un contact avec des agents biologiques. Dans l'idéal, les prescriptions invitent à prendre toute mesure destinée à éviter l'exposition.

Cette formation, selon les termes du Code du travail, doit être régulièrement répétée et être adaptée à l'évolution des risques ainsi que lors de la modification significative des procédés de travail.

**L'existence de l'obligation de mesures de prévention du risque professionnel** : l'article R4424-3 du Code du travail énonce que lorsque l'exposition des travailleurs à un agent biologique dangereux ne peut être évitée, l'employeur prend impérativement un ensemble de mesures que l'article liste.

L'employeur se voit cependant dispensé de toutes ces obligations si les résultats de l'évaluation des risques en indiquent l'inutilité. Il convient de garder à l'esprit que la charge de la preuve pèsera sur l'employeur en cas de contentieux.

**L'absence de suivi médical renforcé** : A titre dérogatoire, l'article 3 du décret précise que les salariés travaillant dans des établissements n'entrant pas dans le champ d'application de la réglementation sur les risques biologiques ne sont pas considérés comme affectés à un poste présentant des risques particuliers justifiant le bénéfice d'un suivi individuel renforcé de leur état de santé au sens des dispositions du Code du travail.

**Voir le Décret n° 2021-951 du 16 juillet 2021 fixant le cadre applicable des dispositions du code du travail en matière de prévention des risques biologiques dans le cadre de la pandémie de SARS-CoV-2 :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043799977>

## **25/ Existe-t-il des critères judiciaires de validité des reprises d'activités des**

## entreprises ?

Dans une ordonnance de référé du 7 mai 2020, le Tribunal judiciaire du Havre a dû se prononcer sur la possibilité, pour l'entreprise Renault (en ce qui concerne le site situé en Normandie), de reprendre son activité eu égard aux mesures de protection sanitaires exigées de la part des pouvoirs publics. Le syndicat CGT contestait en effet la possibilité pour l'entreprise de recommencer son activité.

Le Tribunal a temporairement interdit à l'entreprise de reprendre son activité. Cette décision invite les employeurs à la plus grande vigilance dans l'organisation pratique de leur consultation sur la reprise d'activité.

En l'espèce, estimant qu'envisager la reprise d'activité constitue un projet important modifiant les conditions de travail, le juge fait grief à l'entreprise de ne pas avoir réuni la Commission Santé Sécurité et Conditions de Travail (CSSCT) préalablement à la réunion du CSE. Il est vrai que l'accord Renault prévoyait – comme nombre d'accords portant création des CSE – que la CSSCT devait être réunie *« pour étude et préparation de la consultation du CSE »*.

Force est de constater que les juges se sont cantonnés à énoncer que la réunion *« a pour objet de mettre en place une organisation du travail en prenant en compte les risques liés au virus du Covid-19 pour la santé et la sécurité des travailleurs »*, sans expliquer véritablement en quoi la reprise de la production constituait en l'espèce un projet important au sens des dispositions légales.

Il n'est pas possible de déduire de cette décision que toute entreprise ayant cessé son activité en raison de la crise sanitaire est tenue de consulter son CSE lors de sa reprise d'activité. Cette démarche dépendra des modalités de reprise d'activité, ce qui conduit à des situations appréciées au cas par cas.

**ATTENTION : l'entreprise doit être vigilante sur le fait que les dispositions du Code du travail imposent une consultation sur le port des équipements de protection individuelle (article R4323-97 du Code du travail) qui est distincte de celle concernant la marche générale de l'entreprise ou celle relative aux projets importants modifiant les conditions de travail.**

En l'espèce, L'entreprise Renault avait organisé une formation de ses salariés sur le port des masques, mais n'avait pas consulté son CSE sur ce point.

Parmi les apports de la décision, on peut noter les contraintes qui existent pour les entreprises quant au contenu des documents transmis au CSE. Ceux-ci doivent être suffisamment circonstanciés. Ils ne doivent pas être des « copier/coller » des consignes gouvernementales et les employeurs doivent aller assez loin dans l'information délivrée en adaptant au cas par cas leur présentation, notamment en cas d'organisation multisites.

Cette injonction judiciaire, compréhensible lorsqu'il s'agit d'un plan de cession, paraît ici déconnectée de la réalité des entreprises qui doivent faire face à une situation sanitaire et économique et juridique qui change chaque jour.

S'agissant de l'évaluation des risques, le Tribunal judiciaire du Havre reproche à l'entreprise de l'avoir réalisée au niveau central et non pas au niveau de l'établissement, voire de l'unité de travail. Pour autant la décision n'a pas relevé d'insuffisances techniques quant au contenu de cette évaluation. Il importe donc d'être très vigilant quant au niveau de l'évaluation des risques liés au coronavirus.

S'agissant de l'association des représentants du personnel aux mesures de reprise d'activité, les décisions de l'entreprise consistant en la création de commissions paritaires ad hoc et la diffusion aux institutions représentatives du personnel (IRP) un document rappelant la nécessité de respecter les gestes barrières ont été jugées insuffisantes, sans que le Tribunal judiciaire ne précise quelles auraient pu ou dû être les améliorations apportées ou quelles étaient les exigences à respecter en la matière. Les modalités de participation des IRP aux mesures de reprise d'activité de l'entreprise constituent donc un point d'incertitude juridique.

La dimension de la prise en compte des risques psycho-sociaux (RPS) a été abordée (d'autres ordonnances de référé devant statuer sur l'efficacité de mesures de prévention des risques avaient déjà mis en exergue cette dimension des politiques de prévention). Le Tribunal judiciaire a considéré qu'il est *« indispensable que cette évaluation rende compte des effets sur la santé mentale des travailleurs engendrés notamment par des changements organisationnels incessants (modification des plages de travail, télétravail, etc.), les nouvelles contraintes de travail, la surveillance soutenue du respect des distanciations et les inquiétudes des salariés relatives au risque de contamination »*. Les permanences téléphoniques mises en place par l'entreprise Renault n'ont pas été considérées comme suffisantes.

Il existe donc, également, sur ce point, des incertitudes sur la portée des contraintes pesant sur les entreprises et les process qu'elles doivent mettre en place afin de respecter cette obligation de prise en compte des RPS dans leurs politiques de prévention des risques.

## **26/ A quelles obligations de formation des salariés directement en rapport avec le Covid-19 oblige-t-elle les entreprises ?**

L'ordonnance du référé du Tribunal judiciaire du Havre du 7 mai 2020 aborde la problématique de la formation des salariés. Le Tribunal judiciaire, après avoir énuméré les différentes obligations légales reposant sur l'employeur en matière de formation à la sécurité, et relevé que l'entreprise Renault avait élaboré plusieurs guides à destination de ses salariés, a déclaré qu'il aurait fallu dispenser à chaque salarié une formation *«pratique, c'est-à-dire pas seulement théorique, et appropriée à chaque poste de travail»*.

Cette exigence posée par le Tribunal judiciaire n'est pas expressément prévue par les dispositions du Code du travail. En outre, une réserve pratique peut être mentionnée : tous les salariés n'ont pas forcément la possibilité d'être formés via des outils de e-learning, ce qui pourrait alors conduire à des formations sur site, donc multiplier les contacts entre le formateur et les salariés (ce qui pourrait alors être analysé comme un facteur d'aggravation des risques liés au coronavirus).

L'ordonnance du Tribunal judiciaire de Lyon du 11 mai 2020 traite également de la question de la formation des salariés. Dans cette affaire, les juges ont constaté :

- que les salariés n'avaient reçu aucune consigne concernant la désinfection du poste de travail d'enregistrement des commandes et des véhicules ;
- que les mesures préconisées dans plusieurs notes élaborées par la société, communiquées par l'intermédiaire des managers, enrichies par une foire aux questions, n'ont pas été affichées sur les sites sur lesquels les livreurs et les préparateurs de commandes travaillaient effectivement.

Les juges ont en conséquence enjoint à l'entreprise de procéder à une formation de ses personnels, ce qu'ils ont précisé de manière circonstanciée : *«La formation, d'une durée adaptée, abordera notamment : les risques pour la santé et les prescriptions en matière d'hygiène, les précautions à prendre pour éviter l'exposition, le port et l'utilisation des équipements de protection individuelle (former et informer sur le port et le retrait des masques et équipements de protection individuelle et sur leur durée de protection maximale)»*.

## **27/ Quel est le degré d'intervention de l'employeur en matière de prévention du risque lié au coronavirus exigé par la jurisprudence ?**

Le sujet a donné lieu à **un arrêt de la Cour de cassation en date du 21 avril 2022**.

Le litige opposait l'entreprise La Poste à ses représentants du personnel, suite au recours par le CHSCT à une expertise pour risque grave.

La Cour de cassation a validé l'annulation par un tribunal de l'expertise pour risque grave décidée par un CHSCT (institution qui n'existe plus désormais, mais la solution est transposable au CSE) de La Poste au début de l'épidémie de covid-19. Le tribunal a estimé que l'existence d'un risque grave n'était pas établie après avoir constaté que la société avait pris des mesures de prévention adaptées.

Pour rappel, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le CSE peut déclencher une expertise *«lorsqu'un risque grave, identifié et actuel, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel»* est constaté.

La jurisprudence rendue sous l'empire du CHSCT, et transposable au CSE, permet d'appréhender les situations de risque grave.

Un CHSCT de la société La Poste (cette entreprise relève d'un statut particulier) avait voté, le 7 mai 2020, le recours à une expertise pour risque grave et missionné l'expert pour qu'il détermine les risques encourus par les postiers dans leurs conditions de travail et qu'il émette des préconisations propres à minimiser les risques de transmission du covid-19 entre les agents.

Le 7 juillet 2020, la société La Poste avait demandé au tribunal judiciaire d'annuler l'expertise demandée par le CHSCT, ce qu'il avait fait, en prenant en compte les mesures de prévention prises par l'employeur.

Le recours à l'expertise a été annulé, cette solution étant ensuite confirmée par la Cour de cassation.

### **A) La référence à l'obligation de sécurité de l'employeur**

Les termes de l'arrêt de la Cour de cassation excluent sans aucun doute possible l'existence d'une obligation de résultat à la charge de l'employeur. En revanche, pèse sur celui-ci une obligation de moyen renforcée qui implique qu'il prenne l'initiative de mettre en œuvre toutes les mesures de prévention du risque pandémique.

La Cour de cassation a précisé la nature de l'obligation à laquelle est tenue l'entreprise en relevant que celle-ci était «**tenue de prévenir autant que possible l'exposition de ses agents au virus SARS-Cov-2 à l'origine de la maladie Covid-19 en considération des modes de transmission faisant l'objet d'un consensus sur le territoire français**».

Deux points sont significatifs dans la formulation :

-d'une part, l'entreprise est tenue de prévenir l'exposition de ses personnels au coronavirus «*autant que possible*», formulation qui s'inscrit clairement dans le cadre d'une obligation de moyen renforcée et non dans celui d'une obligation de résultat ;

-d'autre part, l'exécution de cette obligation doit être considérée au regard des informations dont dispose l'entreprise concernant les modes de transmission du virus, qui doivent être «consensuels» pour faciliter les mesures de prévention adaptées. L'obligation de l'entreprise s'analyse donc également au regard des éléments d'informations objectifs (qui lui sont extérieurs) fournis (par les pouvoirs publics essentiellement).

La position de la Haute Juridiction exclut donc toute mesure excessivement drastique qui ne serait pas proportionnée et qui n'aurait pas de lien suffisant avec les principes de prévention évoqués par les pouvoirs publics.

A cet égard, constat est fait par la Cour de cassation que l'entreprise a adopté des mesures de prévention «*conformes aux recommandations du gouvernement*». Cet aspect du sujet est important, car il signifie que bien que les préconisations gouvernementales (apparaissant dans des fiches métiers ou autres protocoles) soient formellement dépourvues de valeur normative, la Cour de cassation leur en reconnaît cependant une puisqu'il s'agit d'éléments guidant l'action de l'entreprise et permettant de déterminer si elles se situent dans la logique des principes de prévention des risques professionnels tels qu'envisagés par le Code du travail.

En d'autres termes, il est très fortement conseillé aux entreprises de s'inspirer, pour ne pas dire de reprendre à l'identique, les mesures de prévention conseillées par les pouvoirs publics.

### **B) La nature des mesures de prévention adoptées par l'entreprise**

La Cour de cassation insiste sur deux types de mesures prises par la société La Poste :

-l'entreprise avait rendu le port du masque obligatoire ;  
-l'entreprise avait pris des mesures de désinfection, d'information et d'organisation de nature à assurer les conditions de distanciation sociale et d'hygiène appropriées.

Les deux types de mesures citées se trouvent indiscutablement valorisées par cette décision. Cela n'est évidemment pas surprenant concernant les mesures tenant à l'hygiène. Mais la solution signifie également que le port du masque de protection anti-covid 19 peut- et parfois doit, selon les circonstances- être imposé par l'entreprise à ses personnels.

**Le port du masque de protection anti-covid 19, qui a parfois constitué une mesure controversée, constitue ainsi aujourd'hui une mesure adoubée par la Cour de cassation.**

## Partie 5 : La rédaction d'un guide paritaire des bonnes pratiques dans les transports routiers de marchandises (TRM) et les activités de prestations logistiques

**IMPORTANT :** Dans le communiqué de presse du 24 juin 2020 annonçant la nouvelle version du plan de déconfinement, le Ministère du travail indique que cette version vient non seulement remplacer la version mise en ligne le 3 mai dernier, mais qu'elle se substitue aussi aux 90 guides paritaires de branche élaborés par les partenaires sociaux.

Le ministère du Travail précise aussi que ces guides n'ont plus de valeur normative (mais uniquement indicative). Ils seront prochainement remplacés par une FAQ répondant aux questions concrètes des entreprises.

Cependant, cette précision d'absence de valeur normative des guides paritaires de branche n'a été formulée que par voie de communiqué de presse et ne lie pas les juges. Une juridiction peut tout à fait s'appuyer sur les guides paritaires de branche pour déterminer si une entreprise a respecté ses obligations en matière de prévention du risque lié au Covid-19.

Il est donc conseillé aux entreprises de respecter ce guide paritaire de branche, tant qu'il n'entre pas en contradiction avec le protocole sanitaire national. En cas de contradiction entre les deux textes, c'est le protocole sanitaire national qui devra être appliqué.

### **28/ Le guide paritaire des bonnes pratiques : de quoi s'agit-il ?**

Un guide paritaire des bonnes pratiques a été mis en place par l'ensemble des organisations patronales (FNTR, TLF et OTRE) et syndicales (CFDT, FO, CFTC, CGT et CFE-CGC) en TRM et en Logistique Il s'agit d'un document, élaboré paritairement, qui est destiné à s'inscrire dans une logique de prévention du coronavirus, en sachant que les activités des transports routiers sont indispensables à la poursuite de la vie économique et sociale du pays de par l'ensemble des approvisionnements qu'elles permettent.

Ce guide rappelle les dispositions applicables aux métiers en tenant compte de leurs contraintes.

L'objectif poursuivi consiste à donc à faciliter la poursuite, par les entreprises de transports routiers, de leur activité de la meilleure façon possible en garantissant la bonne préservation de la santé des salariés, clients, sous-traitants, fournisseurs et ainsi participer à la prévention et limiter la propagation du COVID-19.

La vocation du guide paritaire des bonnes pratiques est de se décliner dans les entreprises des transports routiers de marchandises et de prestations logistiques mais aussi d'être appliqué par les chargeurs et les clients finaux sur les lieux de chargement et de déchargement des marchandises et accueil conducteurs pour la limitation de la propagation.

Ce document est fondamentalement un outil pédagogique : il comporte en conséquence des rappels au cadre juridique et réglementaire existant en matière de santé-sécurité ainsi de des références à des liens utiles. Il faut ajouter qu'il contient une liste de diffusion afin d'en améliorer la connaissance par tous, et par voie de conséquence, l'efficacité.

**IMPORTANT :** deux points doivent être soulignés :

**a) Le guide est un document à date :** il est établi à une date déterminée et n'est donc figé. Il précise qu'il est susceptible de faire l'objet de modifications et d'ajustements en fonction de l'évolution de la pandémie.

**b) Le guide n'est pas un document normatif mais un document de préconisations :** il ne vise pas à la mise en place d'obligations supplémentaires ou d'obligations supérieures à celles prévues par le législateur en matière de prévention des risques professionnels.

### **29/ Quels sont les principaux points du guide paritaire des bonnes pratiques ?**

#### **A) La structuration du guide des bonnes pratiques**



Le guide des bonnes pratiques se veut opérationnel. Il a donc été décidé d'une structuration consistant à mettre en exergue trois objets :

- mieux comprendre les modes de transmission du COVID-19 et les gestes barrières à adopter ;
- mettre en place des mesures de prévention adaptées selon les postes et par situations à risque ;
- organiser la prévention dans l'entreprise (Information-Sensibilisation et accompagnement psychologique).

## **B) Eléments du guide paritaire des bonnes pratiques**

**Dans un premier temps**, le guide explique les modes de transmission du coronavirus tels qu'ils sont identifiés à ce jour par le corps médical, et précise les typologies de gestes et comportements à préconiser (appelés gestes «barrière») pour se prémunir autant que possible (le risque zéro n'existant pas) du virus.

**Dans un deuxième temps**, le document paritaire évoque l'utilisation concrète des moyens de protection des personnels. De nombreux éléments sont évoqués (lorsqu'il y a port d'un masque de protection, conditions de bonne utilisation, nettoyage des mains, respect des règles de distanciation sociale, prise en compte des personnes à risques, modalités de mise en œuvre des pauses, etc...).

Est évoquée la mise à disposition, pour certaines catégories de personnels plus particulièrement, de dispositifs de prévention tel que le gel hydroalcoolique, les lingettes désinfectantes ou un point d'eau avec savon afin de pouvoir se nettoyer les mains, masques

Ainsi le guide permet-il d'évoquer l'ensemble des catégories de personnels (personnels d'accueil, personnels administratifs fonctions support, personnels de conduite, personnels d'exploitation, personnels de manutention, personnels techniques), les principes de mise en place des règles de prévention étant précisés au regard de la réglementation applicable.

**Puis** le guide évoque les moyens permettant d'organiser la prévention des risques en assurant la poursuite de l'activité. Sont notamment évoquées les aspects relatifs à la possession de l'attestation de déplacement professionnelle et de mise à jour du document unique d'évaluation des risques (DUER) (obligation applicable, pour rappel, à l'ensemble des entreprises quelle que soit leur taille).

**Enfin**, le guide évoque la situation relative à l'identification d'un cas de contamination d'un salarié dans l'entreprise afin de préciser quelles sont les mesures à préconiser (évaluation de la situation dans l'entreprise, identification si possible du lieu de contamination, nettoyage des locaux, mise en confinement du salarié concerné...).

## **C) Points spécifiques**

Il en existe deux. **Le premier concerne le principe du port par les personnels (de conduite comme sédentaires) de masques de protection.**

Le guide rappelle que le Ministère de la Santé a priorisé l'affectation des masques aux professionnels de santé, constatant ensuite une évolution progressive de cette doctrine. Constat factuel est fait de l'insuffisance de la disponibilité de ces masques en France.

Il est précisé que les organisations professionnelles ont et continuent d'engager des démarches auprès des autorités publiques pour qu'elle soit reconnue prioritaire, juste après les professionnels de santé, ce qui se justifie par les conditions d'exercice spécifiques des métiers concernés.

L'intérêt du port de masques antiprojections comme moyen supplémentaire de protection sanitaire est affirmé et une préconisation de ports de masques de protection est formulée. Il est également spécifié qu'à la date de publication du guide, il ne s'agit pas d'une obligation réglementaire.

**Le second concerne la réalisation du chargement et déchargement par une seule personne.** Il est ainsi prévu : *«Dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, si les mesures de distanciation sociale et de gestes barrières ne peuvent être correctement respectées par l'entreprise d'accueil lors des opérations de chargement et de déchargement, et que le conducteur considère que ces conditions ne sont pas réunies pour sa santé et sa sécurité, il doit alors réintégrer sa cabine et en prévenir sans délai son employeur. Aucune sanction ne pourra lui être infligée du fait de cette décision»*.

### **30/ Quelle est la valeur juridique du guide paritaire des bonnes pratiques ?**

Sur le plan strictement juridique, la notion de guide paritaire de bonnes pratiques demeure à ce jour un objet juridique non défini. Les guides (paritaires ou non) de bonnes pratiques, quels que soient leurs auteurs, renvoient généralement à ce qu'il est convenu d'appeler «le droit souple».



Alors que le droit est généralement défini par son caractère obligatoire et contraignant, le droit souple donne au contraire la prééminence à un droit simplement proposé, recommandé, conseillé.

Dans son rapport annuel de 2013, le Conseil d'Etat a proposé une définition de mesures relevant d'un droit souple. Les mesures entrant dans le champ d'application du droit souple présentent les caractères suivants :

- elles ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ;
- elles ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ;
- elles présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit.

**Par un très important arrêt Gisti du 12 juin 2020, le Conseil d'Etat** a créé une nouvelle catégorie d'actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation devant le juge administratif : **les documents dit «de portée générale», qui visent en substance, tous les documents de droit souple.**

Trois critères sont posés par l'arrêt pour ouvrir la voie du recours en annulation :

- les documents doivent avoir une portée «générale», ce qui implique qu'ils aient vocation à s'appliquer à un nombre indéterminé de situations ;
- les documents doivent avoir été établis par des «autorités publiques» - ce qui semble exclure qu'ils puissent émaner de personnes privées, même exerçant une mission de service public ;
- enfin, ces documents doivent exercer une influence, en droit ou en fait, sur la situation des personnes concernées par le document litigieux.

**Voir l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 juin 2020 :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000042006661&fastReqId=1822262385&fastPos=1>

En la matière, l'on se trouve sur le terrain, toujours sensible, de la santé sécurité. Ce terrain est susceptible d'engendrer des responsabilités de diverses natures : pénale, civile (droit des contrats, droit de la protection sociale).

L'obligation de santé-sécurité s'analyse aujourd'hui comme une obligation de moyen renforcée.

Autrement dit, il existe un noyau dur de règles devant impérativement être respectées (les règles purement techniques, ainsi que les règles relatives aux modes d'organisation des entreprises et managériaux afin de faire face aux risques psycho-sociaux).

En l'espèce, nous nous trouvons dans le cadre d'une situation inédite, générée certes par un virus, mais aussi par des injonctions particulièrement fortes (et parfois contradictoires) de l'Etat. Il est délicat d'avoir des certitudes sur les curseurs de responsabilité patronale en cas de contentieux futurs : en effet, entre la dangerosité du virus (degré de contagion), les mesures devant être prises (qui ne dépendent pas pour partie des entreprises), et la nécessité d'assurer un certain nombre d'approvisionnements sous peine d'avoir à faire face à une situation chaotique.

En l'état actuel du droit, un document paritaire s'analysant en un guide de bonnes pratiques ne lie pas le juge (celui-ci n'est déjà pas lié par les dispositions d'une convention collective qu'il peut interpréter, sans toutefois pouvoir les dénaturer lorsqu'elles sont claires). Néanmoins, un juge est tenu, lorsque cela s'avère nécessaire, de rechercher la commune intention des parties à un accord collectif. En cas de guide paritaire et de contentieux ultérieur, il devrait adopter la même approche afin de savoir si l'entreprise s'est inscrite dans la logique préconisée.

Un document paritaire, à défaut de permettre une sécurisation pleine et entière (ce qui n'est pas possible-seule la force majeure généralisée constitue une telle sécurisation puisqu'elle détruit toutes les obligations existantes), apparaît comme un élément appréciable dans l'analyse d'une situation qui ne connaît pas de précédent.

En termes de responsabilité pure, l'avantage d'un guide de bonnes pratiques existe car il montre que l'entreprise a mené une politique, ou des actions de prévention, destinées à préserver ses salariés dans le

cadre d'exigences susceptibles d'être contradictoires : la nécessité d'assurer l'activité (notamment pour les approvisionnements) tout en prenant en compte l'existence d'un risque de contamination difficile à identifier mais bien réel.

Il est possible de mettre ce travail en perspective avec la réglementation applicable au guide de prévention des risques professionnels (lié à la mise en place du compte pénibilité devenu compte personnel de prévention) : lorsqu'il est homologué, l'entreprise qui l'applique bénéficie **d'une présomption de conformité aux règles existantes, ce qui implique notamment qu'elle n'a pas à rapporter la preuve de la mise en œuvre des mesures de prévention adaptées mais qu'il appartient à la personne- salarié ou syndicat-qui conteste l'efficacité ou la pertinence des mesures de prévention dans l'entreprise de rapporter la preuve de la défaillance de l'entreprise** (en outre, les sanctions sont moindres en cas de manquements).

Peut-on estimer que le guide paritaire des bonnes pratiques a été adoubé tant par le Ministère des Transports que par le Ministère du Travail (le 14 avril au soir) à travers des courriels précisant cela et par le fait de la mise en ligne du guide paritaire de branche sur le site du Ministère du travail ?

Telle n'est pas la position adoptée par le Conseil d'Etat dans une ordonnance de référé du 29 mai 2020 (voir l'arrêt : [\*Conseil d'Etat en référé le 29 mai\*](#)).

Interrogé sur les guides de bonnes pratiques des organisations professionnelles, relatifs aux mesures de prévention dans le cadre de la lutte contre le Covid-19, et mis en ligne sur le site du Ministère du travail, le Conseil d'Etat rejette la possibilité d'exercer un recours en excès de pouvoir contre ces documents qui ne sont pas des actes administratifs susceptibles de faire grief.

Selon le Conseil d'Etat, les décisions de publication de ces guides sur le site du Ministère du travail ont pour seul objet d'informer les employeurs et les salariés des branches concernées des travaux réalisés par les organisations professionnelles et syndicales auteurs de ces guides. Elles ne révèlent par elles-mêmes aucune décision d'approbation de leur contenu par l'administration et ne contiennent pas d'autres informations que celles ayant vocation à être portées, par ailleurs, à la connaissance des employeurs et salariés de la branche par les organisations qui sont à l'initiative de ces documents.

Par suite, elles ne revêtent pas le caractère de décisions faisant grief et ne sont susceptibles de faire l'objet ni d'un recours pour excès de pouvoir ni, par conséquent, d'une requête tendant à la suspension de leur exécution.

Ce point est important car même s'il n'est pas possible de considérer que ce guide paritaire a la même valeur qu'un texte qui instituerait une présomption légale, il révèle que l'entreprise qui en fait application respecte les préconisations publiques et des partenaires sociaux à une date déterminée, qui correspond à l'état des connaissances scientifiques sur le virus auquel les êtres humains se trouvent confrontés.

La position retenue par le Conseil d'Etat dans son ordonnance de référé pose donc difficulté dans la mesure où l'on peut objectivement considérer que la validation des différents ministères concernés génère une croyance légitime en l'application de règles efficaces et pertinentes de la part des acteurs du jeu social (entreprises, salariés et organisations professionnelles et syndicales).

Pour autant, l'ordonnance de référé du Conseil d'Etat ne dénie aucunement l'existence d'une valeur juridique conférée aux guides paritaires de branches de bonnes pratiques.

En effet, l'on observe que le contentieux portait notamment sur les décisions de publication des guides, et non pas sur le contenu des guides. La valeur juridique de ces documents paritaires n'est donc pas réellement traitée (et elle ne peut sans doute pas l'être es-qualité par le juge administratif).

L'ordonnance de référé de la Haute Juridiction administrative ne permet pas de savoir ce à quoi aboutirait un contentieux direct devant le juge judiciaire initié par une structure ou une personne refusant d'appliquer le guide paritaire (peut-être le juge judiciaire se déclarerait-il incompétent, mais il est également tout à fait possible qu'il analyse le document paritaire à l'aune des dispositions du Code du travail portant sur l'obligation générale de l'employeur de prévention des risques professionnels).

Dans cette logique, l'entreprise, devrait être en capacité de montrer (ce qui correspond aux exigences actuelles du Code du travail ainsi que de la jurisprudence) avoir respecté les prescriptions du Code du travail en matière de prévention des risques professionnels, en l'espèce du Coronavirus ainsi que les prescriptions (qui ne sont pas supérieures, mais simplement adaptées contexte d'un virus) émanant du guide des bonnes pratiques paritaires.

## **Partie 6 : Les obligations réglementaires et préconisations des pouvoirs publics portant sur l'organisation des transports de marchandises en période de crise sanitaire**

Dans un arrêté du 19 mars 2020 publié au Journal Officiel du 20 mars, complétant un précédent arrêté du 14 mars 2020, les pouvoirs publics ont apporté des précisions sur les exigences devant être respectées par les opérateurs économiques (entreprises de transport et donneurs d'ordre) lors des transports de marchandises ainsi que des opérations de chargement et déchargement.

Il est à noter que les termes de ce texte ont été repris par un décret du 23 mars 2020 publié au Journal Officiel du 24 mars 2020.

Ils ont également été à l'identique repris par un décret n°2020-663 du 31 mai 2020. Mais un décret n°2020-759 du 21 juin 2020 a modifié le texte du 31 mai dernier.

### **31/ Quelles sont les mesures destinées à éviter la propagation du virus ?**

Les dispositions prévoient plusieurs points :

a) les mesures d'hygiène et de distanciation sociale, dites «barrières», définies au niveau national, doivent être observées par les conducteurs de véhicules de transport ainsi que par les personnels des lieux de chargement ou de déchargement ;

b) lorsque les lieux de chargement ou de déchargement ne sont pas pourvus d'un point d'eau et d'un savon, ces lieux sont pourvus de gel hydro-alcoolique ;

c) le véhicule est équipé d'une réserve d'eau et de savon ainsi que de serviettes à usage unique, ou de gel hydro-alcoolique.

### **32/ Quelles sont les conséquences pour le donneur d'ordre ou le réceptionnaire de site du respect des mesures impératives réglementairement prévues ?**

Les textes réglementaires précisent explicitement que lorsque les obligations envisagées à la question précédente sont respectées, il ne peut en aucun cas être refusé à un conducteur de véhicules de transport l'accès à un lieu de chargement ou de déchargement, y compris à un point d'eau lorsque ce lieu en est pourvu, pour des raisons sanitaires liées à l'épidémie de covid-19.

### **33/ Quelles sont les modalités de remise et de signature des documents de transport ?**

Jusqu'au 21 juin 2020, il était prévu que la remise et la signature des documents de transport devaient être réalisées sans contact entre les personnes. Le texte ajoutait qu'il ne pouvait être exigé de signature d'un document sur quelque support que ce soit par le destinataire ou son représentant.

Depuis l'entrée en vigueur du décret du 21 juin 2020, la réglementation sanitaire n'impose plus que la remise et la signature des documents de transport soient réalisées sans contact entre les personnes. Toutes les dispositions spécifiques liées aux modalités de remise et de signature des documents de transport ont été abrogées (article 1<sup>er</sup>, 10<sup>e</sup> du Décret n°2020-759 du 21 juin 2020).

### **34/ Quelles sont les modalités de livraison ?**

Les dispositions réglementaires en vigueur indiquent que la livraison est effectuée au lieu désigné par le donneur d'ordre et figurant sur le document de transport.

Avant l'entrée en vigueur du décret du 21 juin 2020, il était précisé que dans le cas de livraisons à domicile, les conducteurs, après communication avec le destinataire ou son représentant, laissaient les colis devant la

porte en mettant en œuvre des méthodes alternatives confirmant la bonne livraison et ne récupéraient pas la signature du destinataire.

Ces dispositions avaient été supprimées par le décret du 21 juin 2020.

Par ailleurs, également avant l'entrée en vigueur du décret du 21 juin 2020, les textes réglementaires évoquaient l'existence d'une présomption de conformité de la livraison, laquelle était caractérisée lorsqu'elle était établie selon les modalités précédemment évoquées, sauf réclamation formée par tout moyen y compris par voie électronique, au plus tard à l'expiration du délai prévu contractuellement ou à défaut de stipulation contractuelle à midi du premier jour ouvrable suivant la remise de la marchandise.

Ces dispositions ont été supprimées par le décret du 21 juin 2020.

De manière plus générale, depuis l'entrée en vigueur du décret du 21 juin 2020, les dispositions spécifiques applicables en matière de modalités de livraison des marchandises ont été abrogées.

Cependant, en raison de l'évolution de la pandémie, le Décret n°2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire a réintroduit les dispositions mises en place lors du premier confinement.

L'article 22 du décret concerne les transports routiers de marchandises, et évoque plusieurs points.

**Les mesures de protection contre le covid-19** : Le texte prévoit que, pour la réalisation des opérations de transport de marchandises, les mesures d'hygiène et de distanciation sociale, dites «barrières», définies au niveau national, doivent être observées par les conducteurs de véhicules de transport ainsi que par les personnels des lieux de chargement ou de déchargement.

Lorsque les lieux de chargement ou de déchargement ne sont pas pourvus d'un point d'eau, ils sont pourvus de gel hydro-alcoolique.

Le véhicule est équipé d'une réserve d'eau et de savon ainsi que de serviettes à usage unique, ou de gel hydro-alcoolique.

Lorsque les mesures mentionnées précédemment du présent article sont respectées, le décret précise explicitement qu'il n'est pas possible de refuser à un conducteur de véhicules de transport l'accès à un lieu de chargement ou de déchargement, y compris à un point d'eau lorsque ce lieu en est pourvu, pour des raisons sanitaires liées à l'épidémie de covid-19.

**Les modalités de livraison (notamment le principe de la livraison sans contact)** : La remise et la signature des documents de transport sont réalisées sans contact entre les personnes. La livraison est effectuée au lieu désigné par le donneur d'ordre et figurant sur le document de transport.

Dans le cas de livraisons à domicile, les conducteurs, après communication avec le destinataire ou son représentant, remettent les colis en veillant à limiter autant que possible les contacts entre les personnes.

Le texte réglementaire précise également que, sauf réclamation formée par tout moyen y compris par voie électronique, au plus tard à l'expiration du délai prévu contractuellement ou à défaut de stipulation contractuelle à midi du premier jour ouvrable suivant la remise de la marchandise, la livraison est réputée conforme au contrat.

Enfin, le décret affirme à nouveau que l'ensemble de ces dispositions est d'ordre public.

Cet article 22 a été repris à l'identique par le décret n°2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

**Voir le décret n°2021-699 du 1<sup>er</sup> juin 2021 :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043575238>

Ces dispositions ont été adoptées et réintroduites lorsque la crise sanitaire s'aggravait. Il n'est pas exclu que si la crise sanitaire ne connaît pas d'évolution défavorable, les pouvoirs publics décident d'amender, voire de supprimer, ces dispositions exceptionnelles, dérogoratoires au droit commun.

### **35/ Les fiches métiers mises en place par les pouvoirs publics : de quoi s'agit-il ?**

**ATTENTION** : Dans le communiqué de presse du 24 juin 2020 annonçant la nouvelle version du plan national de déconfinement, le Ministère du travail indique que cette version vient

**non seulement remplacer la version mise en ligne le 3 mai dernier, mais qu'elle se substitue aussi fiches métiers élaborés par le Ministère du travail et les autorités sanitaires.**

**Le Ministère du travail précise aussi que ces fiches conseils métiers n'ont plus de valeur normative (mais uniquement indicative). Ces documents seront prochainement remplacés par une FAQ répondant aux questions concrètes des entreprises.**

**Cependant, cette précision d'absence de valeur normative des fiches métiers n'a été formulée que par voie de communiqué de presse. Il est bon de rappeler qu'un communiqué de presse gouvernemental n'a aucune valeur juridique. Une juridiction peut tout à fait s'appuyer sur les guides paritaires de branche pour déterminer si une entreprise a respecté ses obligations en matière de prévention du risque lié au Covid-19.**

### **A) Notion de fiches métiers**

Le Ministère du Travail, dans le cadre d'un groupe de travail piloté par l'INTEFP (Institut National du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle), a élaboré, avec le concours des ministères de l'agriculture et de l'économie, de l'Anses, du réseau Assurance maladie risques professionnels, de l'INRS, de l'ANACT et des médecins du travail.

Elles étaient destinées aux employeurs, qui est responsable de la santé et de la sécurité de ses salariés. Chaque fiche conseils détaille, par métier ou secteur d'activité, la façon dont doivent s'appliquer les gestes barrières et les règles de distanciation sociale.

Il en existe trois qui concernent les activités de transports routiers et de prestations logistiques :

a) Préparateur de commande dans un entrepôt logistique :  
[https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/covid19\\_entrepot\\_logistique\\_v080520.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/covid19_entrepot_logistique_v080520.pdf)

b) Chauffeur-livreur :  
[https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/covid19\\_chauffeur\\_livreur\\_v110520.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/covid19_chauffeur_livreur_v110520.pdf)

c) taxi ou conducteur de VTC :  
[https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/covid19\\_taxivtc\\_v180520.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/covid19_taxivtc_v180520.pdf)

Il existe également des fiches communes à l'ensemble des métiers des différentes activités économiques que l'on peut consulter en cliquant sur le lien suivant :

<https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/protoger-les-travailleurs-les-emplois-les-savoir-faire-et-les-competences/protoger-les-travailleurs/article/fiches-conseils-metiers-et-guides-pour-les-salaries-et-les-employeurs>

### **B) Valeur juridique des fiches métiers**

Dans une ordonnance de référé du 29 mai 2020, le Conseil d'Etat a accepté de statuer sur la légalité des fiches métiers, ce qui signifie qu'il a reconnu à ces documents une force juridique, si celles-ci sont de nature à faire grief aux justiciables.

En l'espèce, l'Association française de l'industrie des fontaines à eau (AFIFAE) avait saisi le juge des référés du Conseil d'État notamment pour qu'il suspende l'exécution de 19 fiches conseils du Ministère du travail dans la mesure où celles-ci recommandaient l'interdiction, la suppression ou la suspension des fontaines à eau.

À l'appui de sa demande, l'AFIFAE a fait valoir divers arguments et, entre autres, que ces fiches :

-méconnaîtraient les articles L4121-2 et R4225-2 du Code du travail, car elles mettraient les employeurs dans l'impossibilité de remplir leur obligation de mettre à la disposition des salariés de l'eau potable et fraîche ;

-seraient entachées d'erreur manifeste d'appréciation en ce que l'utilisation des fontaines à eau n'exposerait pas les salariés à un risque de contamination particulier et que les solutions alternatives ne présenteraient pas de meilleures garanties de sécurité.

La Haute Juridiction administrative n'a pas suivi ce raisonnement. Pour le Conseil d'Etat, il faut comprendre que, dans les environnements de travail concernés et pendant le temps de la pandémie, il est recommandé de suspendre l'usage des fontaines à eau si, et seulement si, l'employeur peut lui substituer une distribution de bouteilles d'eau individuelles, dans des conditions permettant de concilier la protection des salariés contre les risques de contamination et l'obligation d'assurer la distribution d'eau potable et fraîche

Compte tenu de la potentielle gravité de l'infection par le coronavirus, des incertitudes sur les modalités de sa contagion, notamment en milieu humide, et des risques particuliers de contamination induits par la présence simultanée de plusieurs salariés sur un même lieu de travail, le juge des référés du Conseil d'État a décidé qu'il n'y avait pas de doute sérieux quant à la légalité des fiches conseils au regard des dispositions du Code du travail. Ce faisant, il a porté une appréciation sur l'existence d'une véritable valeur juridique desdites fiches métiers.

## **Partie 7 : Les évolutions de la gestion de l'organisation du travail dans l'entreprise confrontée au coronavirus et à l'état d'urgence sanitaire**

### **36/ L'employeur peut-il prendre des mesures de modification de l'organisation du travail en cas de pandémie avérée ?**

#### **A) Principes généraux d'organisation de l'entreprise**

L'employeur peut adapter l'organisation de son entreprise et le travail des salariés via la négociation avec les institutions représentatives du personnel ou, à défaut, par décision unilatérale après avis des représentants du personnel. En effet, pèse sur lui une obligation générale de préservation de la sécurité et de la santé physique et mentale de ses salariés.

L'employeur peut en conséquence, en fonction des circonstances, changer les conditions de travail et les conditions d'exécution du contrat de travail. Ces changements devront être temporaires, leur durée couvrant la pandémie, en rapport direct avec les contraintes subies et le but recherché, précise la circulaire de la DGT mentionnée ci-dessus.

#### **B) La mise en place de dispositifs de télétravail**

En principe, l'employeur n'a pas le droit d'obliger son salarié à accepter le télétravail.

Néanmoins, en cas de circonstances exceptionnelles (par exemple une pandémie mondiale particulièrement virulente qui impliquerait des mesures de restriction drastiques des activités et des confinement de la population) ou de force majeure, le télétravail peut être considéré comme «*un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés*» (article L1222-11 du Code du travail).

Dans un communiqué du 15 mars 2020, les services du Ministère du Travail ont apporté les précisions suivantes en matière de recours au télétravail :

*«Le moyen le plus efficace pour lutter contre la diffusion du coronavirus est de limiter les contacts physiques. Chacun, employeur comme salarié, peut contribuer à lutter contre cette diffusion, en ayant recours, chaque fois que possible, au télétravail.*

*Près de 8 millions d'emplois (plus de 4 emplois sur 10) sont aujourd'hui compatibles avec le télétravail dans le secteur privé.*

*Il est impératif que tous les salariés qui peuvent télétravailler recourent au télétravail jusqu'à nouvel ordre.»*

Le confinement de principe décidé par les pouvoirs publics, assorti de sanctions pénales (amende, voire peine de prison) permet de considérer que l'employeur refusant le télétravail à des salariés alors que celui-ci est possible engagerait sa responsabilité civile, voire, le cas échéant, pénale.

ATTENTION : le Ministère du Travail rappelle que la mise des salariés en activité partielle n'est pas compatible avec le télétravail. Lorsqu'un employeur demande à un salarié de télétravailler alors que celui-ci



a été placé en activité partielle, une fraude est caractérisée. Cette situation est alors qualifiée de travail illégal.

Les sanctions suivantes (qui sont cumulables entre elles) sont alors encourues par l'entreprise :

- remboursement intégral des sommes perçues au titre de l'activité partielle ;
- interdiction de bénéficier, pendant une durée maximale de 5 ans, d'aides publiques en matière d'emploi ou de formation professionnelle ;
- 2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende, en application de l'article 441-6 du Code pénal.

### **C) Mise en place de règles de distanciation pour les emplois non éligibles au télétravail**

Dans le communiqué évoqué au paragraphe précédent, le Ministère du Travail énonce :

*«Les gestes barrière et les règles de distanciation au travail sont impératifs.*

*Les entreprises sont invitées à repenser leurs organisations pour :*

*- Limiter au strict nécessaire les réunions :*

*la plupart peuvent être organisées à distance ;*

*les autres doivent être organisées dans le respect des règles de distanciation ;*

*-Limiter les regroupements de salariés dans des espaces réduits.*

*-Les déplacements non indispensables doivent être annulés ou reportés.*

*-L'organisation du travail doit être au maximum adaptée, par exemple la rotation d'équipes.»*

### **37/ L'employeur supporte-t-il des obligations spécifiques d'information et de formation ?**

Bien qu'aucun texte ne prévoit d'obligation spécifique en la matière, les principes généraux du droit du travail en matière d'information et de formation ont vocation à recevoir application en cas de menace de pandémie.

Pour garantir l'efficacité des mesures de protection, l'information et la formation des salariés s'avèrent indispensables, quelle que soit la situation.

L'information doit intervenir dès l'embauche et chaque fois que nécessaire :

- sur l'accès au DUER ;
- sur les mesures de prévention ;
- sur le rôle du service de santé au travail ;
- sur les passages concernés du règlement intérieur ;
- sur les consignes de sécurité.

Il est conseillé aux entreprises de pouvoir élaborer en amont des dispositifs d'information sur le virus en cause, par tous moyens tels que plaquettes, affichages dans les lieux «sensibles» (toilettes ou espaces de pause ou de repas, site internet, etc). Tous les médias peuvent être envisagés dès lors que la communication est la plus large possible.

Il est également conseillé aux employeurs d'informer les salariés par tout moyen adapté (mail, affichage, réunion) des mesures à respecter en cas de signe d'infection au coronavirus, à savoir rester chez soi et appeler le 15.

L'employeur est également fortement invité à rappeler les gestes d'hygiène élémentaire à respecter (se laver les mains régulièrement, tousser dans son coude, utiliser des mouchoirs jetables). Il peut même prendre l'initiative de fournir certains produits, tels que des solutions hydroalcooliques ou des mouchoirs jetables.

Une attention toute particulière doit être portée aux salariés partant en mission à l'étranger. Les concernant, et préalablement à leur départ, il est souhaitable de :

- leur remettre une documentation actualisée faisant le point de la situation sanitaire du pays concerné et des symptômes de la maladie ;
- leur communiquer les noms des personnes à contacter en cas de problème de santé ou d'impossibilité de regagner la France.



Le ministère recommande de leur signaler, mais il semble plus adéquat de prévoir franchement dans le contrat de mission, les effets possibles de la pandémie sur la durée de leur séjour et leur rapatriement.

La formation porte quant à elle sur la maladie elle-même, mais également sur les gestes basiques et surtout sur l'utilisation des EPI. Les services de santé au travail pourront être activement associés à ces formations.

### **38/ L'entreprise supporte-t-elle des obligations particulières au regard d'un épisode de canicule ?**

Le Ministère du Travail a reconduit en 2020 le plan national canicule 2017 (déjà reconduit en 2018 par une instruction et en 2019 implicitement), par le biais d'une instruction interministérielle du 29 mai 2020. Cette instruction a été complétée par une fiche en date du 19 juin 2020.

Considérant que *«pour la saison estivale 2020, la situation sanitaire d'épidémie de Covid-19 représentera [...] un facteur contextuel aggravant»*, cette instruction interministérielle adapte le plan canicule, entre autres en matière de ventilation et de climatisation des établissements.

Elle précise également que les mesures barrières pour prévenir le Covid-19 et *«les recommandations de prévention vis-à-vis de la chaleur continuent à s'appliquer»*.

*«L'effet de la chaleur sur l'organisme est immédiat, et survient dès les premières augmentations de température (niveau de vigilance météorologique jaune)»*, rappelle l'instruction. Des pathologies liées à la chaleur peuvent se manifester : maux de tête, nausées, crampes musculaires, déshydratation ou encore coup de chaleur pouvant entraîner le décès.

L'instruction rappelle aussi les catégories de population vulnérables à la chaleur. Ce sont les *«personnes dont l'état de santé ou l'âge les rendent plus à risque»* (plus de 65 ans, femmes enceintes, personnes atteintes de certaines affections, en situation de handicap ou prenant certains médicaments, etc.) ainsi que celles *«dont les conditions de vie ou de travail, le comportement ou l'environnement les rendent plus à risque»*.

Parmi cette dernière catégorie, figurent notamment *«les travailleurs exposés, particulièrement dans le cas de travaux manuels en extérieur ou réalisés en atmosphère chaude»*, les sportifs, les *«populations exposées à des épisodes de pollution de l'air ambiant»* ou encore les *«populations vivant en milieu urbain dense»*.

Si ces personnes sont les premières concernées en cas de pic de chaleur, plus l'intensité de la chaleur augmente, plus la population est impactée. Ainsi, mêmes les personnes en bonne santé peuvent être concernées.

Cette liste peut être croisée avec celle des personnes vulnérables au Covid-19, qui, pour être protégées, peuvent être placées en activité partielle.

Enfin, l'instruction interministérielle comporte également des dispositions portant sur la ventilation ainsi que la climatisation collective. L'instruction énonce : *«Dans le contexte sanitaire actuel, l'aération des milieux revêt une importance capitale pour le renouvellement de l'air intérieur ainsi que pour son refroidissement, y compris en cas de pic de pollution atmosphérique»*.

Il s'agit donc *«de s'assurer que les mesures mises en place par [les] prestataires en charge de l'installation et de l'entretien des systèmes de ventilation et de climatisation sont conformes aux recommandations en la matière»*.

**S'agissant de la climatisation des locaux**, l'administration indique que, dans les locaux occupés par plus d'une personne, il est conseillé de n'utiliser la climatisation que lorsqu'elle est nécessaire pour assurer des conditions de travail acceptables. Lorsque celle-ci est utilisée, les débits de soufflages doivent être limités de façon à ce que les vitesses d'air au niveau des personnes restent faibles.

Les vitesses d'air peuvent être considérées comme faibles lorsque les personnes présentes dans un local ne ressentent pas de courant d'air. Ceci correspond à des vitesses d'air ne dépassant pas environ 0,4 m/s.

**S'agissant de la ventilation des locaux**, la fiche complétant l'instruction rappelle qu'en raison de l'épidémie de Covid-19 «*l'utilisation de ventilateur dans les espaces collectifs clos ou semi-clos, est contre-indiquée, dès lors que plusieurs personnes sont présentes dans cet espace en même temps, même porteuses de masques, si le flux d'air est dirigé vers les personnes*».

Si l'utilisation de ventilateurs individuels s'avère malgré tout indispensable pour maintenir des conditions de travail acceptables en cas de fortes chaleurs, les mesures de nature à limiter le risque de transmission du virus par les flux d'air provoqués par ces ventilateurs consistent à :

- diminuer la vitesse de l'air soufflé par les ventilateurs ;
- placer ceux-ci au plus près des opérateurs pour avoir le même effet de rafraîchissement avec la vitesse d'air émise la plus faible possible ;
- d'avoir la distance la plus importante possible entre les personnes et d'éviter qu'une personne soit sous le souffle d'un ventilateur servant au rafraîchissement d'une autre ;
- d'utiliser, si nécessaire, des écrans pour casser les flux d'air et éviter qu'un salarié se retrouve «sous le vent» d'un autre.

Les entreprises sont donc invitées à la vigilance concernant l'ensemble de ces éléments contenus dans l'instruction interministérielle, qui peut être consultée en cliquant sur le lien ci-dessous :

[https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/instruction\\_interministerielle\\_canicule\\_covid19\\_29052020.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/instruction_interministerielle_canicule_covid19_29052020.pdf)

### **39/ Les obligations des entreprises en matière d'entretiens professionnels sont-elles adaptées en raison de la crise sanitaire ?**

Oui. Des dispositions dérogatoires ont été mises en place par les pouvoirs publics.

#### **A) Rappel : l'obligation de réalisation d'entretiens professionnels**

La loi du 5 mars 2014 réformant la formation professionnelle a créé un entretien dit «entretien professionnel».

Tous les 2 ans, toute entreprise a l'obligation de mettre en place un entretien professionnel avec ses salariés. Il s'agit donc d'un rendez-vous obligatoire entre le salarié et l'employeur. Cet entretien est destiné à envisager les perspectives d'évolution professionnelle du salarié et les formations qui peuvent y contribuer.

L'entretien professionnel vise à :

- accompagner le salarié dans ses perspectives d'évolution professionnelle (qualifications, changement de poste, promotion, ...)
- et identifier ses besoins de formation.

L'entretien est consacré aux perspectives d'évolution professionnelle, notamment en termes de qualifications et d'emploi. Il doit informer le salarié sur la validation des acquis de l'expérience professionnelle (VAE).

Le contenu spécifique est défini par convention ou accord. À défaut de stipulations dans l'accord de branche ou d'entreprise, il revient à l'employeur de définir le contenu de l'entretien en fonction des orientations stratégiques de l'entreprise.

Exemples :

- bilan du parcours professionnel du salarié avant et depuis son entrée dans l'entreprise ;
- identification des besoins de l'entreprise et des aspirations et compétences du salarié ;
- perspectives d'évolution professionnelle.

A NOTER : l'entretien professionnel ne concerne pas l'évaluation du travail du salarié, qui est effectuée dans le cadre de son entretien annuel.

L'entretien professionnel doit être systématiquement proposé à tout salarié qui reprend son activité après une période d'interruption due à :

- un congé de maternité,

- un congé parental à temps plein ou partiel,
- un congé d'adoption,
- un congé de proche aidant,
- un congé sabbatique,
- une période de mobilité volontaire sécurisée,
- un arrêt maladie de plus de 6 mois,
- un mandat syndical.

Tous les 6 ans, l'entretien professionnel doit faire un état des lieux récapitulatif du parcours professionnel du salarié. Cet état des lieux permet de vérifier que le salarié a effectivement bénéficié des entretiens professionnels prévus au cours des 6 dernières années.

Il permet également de s'assurer qu'au cours de ces 6 dernières années, le salarié a :

- suivi au moins une action de formation ;
- acquis un des éléments de certification professionnelle (diplôme, titre professionnel, etc.) par la formation ou par une validation des acquis de l'expérience (VAE) ;
- et bénéficié d'une progression salariale ou professionnelle.

Un compte-rendu de l'état des lieux est alors rédigé durant cet entretien. Une copie est remise au salarié.

Alors que l'obligation d'entretien professionnel et de bilan de parcours ainsi que de formation concerne toutes les entreprises, dès le premier salarié, l'abondement correctif n'est applicable qu'aux entreprises occupant 50 salariés et plus.

L'article L6323-13 du Code du travail est très clair. Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, si le salarié n'a pas bénéficié les 6 dernières années :

- soit des entretiens professionnels légalement imposés ;
- et d'au moins une action de formation non obligatoire,

l'employeur doit abonder le compte personnel de formation (CPF). Le CPF du salarié sera alors crédité de 3000 €.

La sanction s'appliquera à chaque salarié concerné.

**Le droit d'option des entreprises** : Pour éviter l'abondement au compte personnel de formation (CPF), l'employeur d'une entreprise d'au moins 50 salariés peut :

- a) soit justifier que le salarié a bénéficié des entretiens professionnels tous les 2 ans ainsi que d'une formation autre qu'une formation obligatoire ;
- b) soit (seconde option, ouverte jusqu'au 30 septembre 2021) justifier de la bonne exécution des entretiens professionnels s'il prouve que :

- le salarié a bénéficié des entretiens professionnels au cours des 6 années passées ;
- et a bénéficié d'au moins 2 des 3 mesures suivantes : action de formation, acquisition d'une certification, progression salariale ou professionnelle.

## **B) Mesures de report des délais pour l'organisation des entretiens professionnels**

En raison de la crise sanitaire, les pouvoirs publics ont décidé de reporter les délais pour organiser ces entretiens, et ce à deux reprises (ordonnances n°2020-387 du 1<sup>er</sup> avril 2020 et n°2020-1501 du 2 décembre 2020).

Du fait de ces reports, les entretiens professionnels qui auraient dû avoir lieu entre le 1<sup>er</sup> janvier 2020 et le 30 juin 2021 peuvent être reportés jusqu'au 30 juin 2021 (cela concerne tant les entretiens professionnels périodiques que l'entretien bilan).

## **C) Apports de la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire du 31 mai 2021**

La loi relative à la gestion de la sortie de la crise sanitaire du 31 mai 2021 ne remet pas en cause ces délais. Néanmoins, elle reporte la mise en œuvre des sanctions attachées à la méconnaissance de ces dispositions.

Autrement dit, pour la période du 12 mars 2020 au 30 septembre 2021, les sanctions attachées au non-respect des délais de réalisation des entretiens récapitulatifs tous les 6 ans ne sont pas applicables.

C'est à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2021 que l'abondement du CPF à titre de sanction sera exigible pour les entreprises n'ayant pas organisé leurs entretiens professionnels en temps et en heure.

Elle prolonge par ailleurs le droit d'option dont disposent les employeurs pour exécuter cette obligation : ce droit court jusqu'au 30 septembre 2021.

#### **40/ Les formations obligatoires (type FCO) auxquelles sont assujetties les entreprises de transports routiers et les salariés peuvent-elles faire l'objet de mesures dérogatoires visant à proroger leur validité en raison de la crise sanitaire ?**

##### **A) Règles applicables aux principes des formations obligatoires générales**

L'état d'urgence sanitaire percute de plein fouet le calendrier de renouvellement de certaines obligations de détention de certificats, de titres, d'agrément, d'autorisations ou d'attestations nécessaires pour exercer certains métiers du transport. Saisi de la question par les organisations professionnelles, le Secrétaire d'Etat chargé des Transports, Monsieur Jean-Baptiste DJEBBARI, a répondu dans un courrier du 26 mars 2020.

S'agissant plus particulièrement des prorogations de la validité des FCO, la position de l'administration française consiste à obtenir un aval des autorités européennes avant de rédiger un texte juridique prévoyant cette option. En effet, l'administration des transports considère que la source des FCO est européenne et que par voie de conséquence, il convient de pouvoir disposer de textes spécifiques et non des seules ordonnances dérogatoires actuellement adoptées, qui traitent des situations relevant du droit national.

Initialement, un texte réglementaire national (décret) était attendu sur ce point afin de sécuriser les entreprises de transports routiers. Mais cette logique n'est désormais plus celle de l'administration des transports. La DGITM, le 6 mai 2020, a informé la FNTR de la logique désormais privilégiée, depuis que l'on sait qu'un règlement européen, d'application directe et immédiate, est prévu en urgence.

Ce règlement a été mis en place : **il s'agit du Règlement UE 2020/698 du 25 mai 2020 publié au Journal Officiel de l'UE (Union européenne) le 27 mai 2020.**

Ce texte établit des mesures spécifiques et temporaires, dans le contexte de la propagation de la COVID-19, relatives au renouvellement ou à la prolongation de certains certificats, licences et agréments et au report de certaines vérifications périodiques et formations continues dans certains domaines de la législation en matière de transports. Le but : assurer la continuité des transports.

Le règlement prévoit que les délais pour les formations continues qui auraient expiré ou arriveraient à expiration entre le 1<sup>er</sup> février 2020 et le 31 août 2020 sont prolongés de 7 mois à compter de leur date d'expiration.

##### **B) Règles applicables à une formation obligatoire spécifique : la formation en transports de matières dangereuses**

ADR est l'acronyme de : «*Accord for Dangerous goods by Road*», soit : «*Accord pour le transport des marchandises Dangereuses par la Route*». Il s'agit de l'accord européen régissant le transport international des marchandises dangereuses par voie routière.

L'objectif de cet accord est d'encadrer le transport des matières et produits dangereux afin de sécuriser leur transit par voies terrestres. Pour transporter des marchandises dangereuses, les conducteurs doivent détenir un certificat de formation ADR.

Ce certificat est délivré suite à une formation de base ou de spécialisation pour certaines marchandises (transport en citerne, matières explosives et radioactives...). En France, ces formations sont dispensées par des Organismes de Formation Agréés (OFA) par le Ministère en charge des transports terrestres des matières dangereuses. Pendant la dernière année de validité du certificat de formation ADR, avant son expiration, un cours dit de recyclage doit être suivi et validé pour obtenir un nouveau certificat ADR.

La France a signé, le 19 mars 2020, l'accord multilatéral M330 au titre de la section 1.5.1 de l'ADR concernant les certificats de formation des conducteurs conformément au 8.2.2.8.2 de l'ADR et les certificats de conseiller à la sécurité conformément au 1.8.3.7 de l'ADR.

Par dérogation aux dispositions du premier paragraphe du 8.2.2.8.2 de l'ADR, tous les certificats de formation pour les conducteurs de véhicules transportant des marchandises dangereuses dont la validité prend fin entre le 1er mars 2020 et le 1er février 2021 restent valables jusqu'au 28 février 2021.

Ces certificats seront renouvelés pour cinq ans si le conducteur apporte la preuve de sa participation à une formation de recyclage conformément au 8.2.2.5 de l'ADR et a réussi un examen conformément au 8.2.2.7 avant le 1er mars 2021. La nouvelle période de validité commencera à la date originale d'expiration du document à renouveler.

Par ailleurs, par dérogation aux dispositions du 1.8.3.16.1 de l'ADR, tous les certificats de formation pour les conseillers à la sécurité pour le transport de marchandises dangereuses dont la validité prend fin entre le 1er mars 2020 et le 1er février 2021 restent valables jusqu'au 28 février 2021. La validité de ces certificats est prolongée de cinq ans à compter de leur date originale d'expiration si leurs titulaires ont réussi un examen conformément au 1.8.3.16.2 de l'ADR avant le 1er mars 2021.

Cet accord est valable jusqu'au 1er mars 2021 pour les transports sur les territoires des parties contractantes de l'ADR signataires du présent accord. S'il est révoqué avant cette date par l'un des signataires, il ne restera valable jusqu'à la date susmentionnée que pour les transports sur les territoires des parties contractantes de l'ADR signataires du présent accord qui ne l'ont pas révoqué.

## **41/ Quelles sont les mesures dérogatoires, destinées à permettre de maintenir les opérations de transport, qui sont prévues par les dispositions du droit de l'Union européenne ?**

### **A) Le règlement européen «Omnibus 1» du 25 mai 2020**

Un premier règlement, le règlement du 25 mai 2020, dit «Omnibus 1», modifiait de manière temporaire plusieurs textes du droit de l'Union européenne.

**La directive 2003/59 sur les règles applicables à la qualification initiale et à la formation continue des conducteurs (article 2) :** Les délais pour les formations continues qui auraient expiré ou arriveraient à expiration entre le 1<sup>er</sup> février 2020 et le 31 août 2020 avaient été prolongés de 7 mois à compter de leur date d'expiration.

La validité de l'apposition du code harmonisé «95» (prévu à l'annexe I de la directive 2006/126 sur les permis de conduire) avait été prolongée pour 7 mois à compter de la date indiquée sur chacun de ces permis de conduire ou cartes de qualification.

La validité des cartes de qualification de conducteur (annexe II de la directive 2003/59) qui auraient expiré ou seraient arrivés à expiration entre le 1<sup>er</sup> février 2020 et le 31 août 2020 avait été prolongée de 7 mois à compter de leur date d'expiration.

**La directive 2006/126 sur le permis de conduire (article 3) :** La validité des permis de conduire qui aurait expiré ou serait arrivé à expiration entre le 1<sup>er</sup> février 2020 et le 31 août 2020 avait été prolongée de 7 mois à compter de leur date d'expiration.

**Le règlement 165/2014 sur le tachygraphe dans les transports routiers (article 4) :** Les inspections régulières prévues qui auraient dû être réalisées entre le 1<sup>er</sup> mars 2020 et le 31 août 2020 pouvaient être effectuées au plus tard 6 mois après la date à laquelle elles auraient dû être réalisées.

**Le renouvellement de la carte conducteur demandé aux autorités compétentes entre le 1<sup>er</sup> mars 2020 et le 31 août 2020 :** les autorités doivent délivrer une carte de remplacement au plus tard deux mois après la réception de la demande. Il a été prévu que le conducteur puisse continuer à conduire à condition de prouver que sa demande a été introduite (pour cause de détérioration, mauvais fonctionnement ou remplacement).

**La directive 2014/45 sur le contrôle technique périodique (article 5) :** Les contrôles techniques qui devaient être ou avoir été effectués entre le 1<sup>er</sup> février 2020 et le 31 août 2020 avaient été prolongés pour un délai de 7 mois.

**Le règlement 1071/2009 sur l'accès à la profession (article 6)** : S'agissant de l'exigence de capacité financière (et concernant les exercices comptables couvrant tout ou partie de la période du 1<sup>er</sup> mars 2020 au 30 septembre 2020), il avait été prévu que le délai accordé par l'autorité compétente ne dépasse pas 12 mois.

**Le règlement 1072/2009 sur l'accès au marché (article 7)** : Les licences communautaires dont la validité aurait expiré entre le 1<sup>er</sup> mars 2020 et le 31 août 2020 devaient être prolongées pour une période de 6 mois. La validité des copies certifiées conforme était prolongée en conséquence.

**G) Possibilité de désengagement (ou «opt-out»)** : Pour chacune des mesures de ce règlement dit «omnibus 1», si un Etat membre estimait ne pas être capable de remplir les exigences «en raison des mesures qu'il a prises afin de prévenir ou contenir la propagation de la COVID-19, il pouvait présenter à la Commission européenne une demande motivée d'autorisation en vue de **prolonger les périodes prévues**.

#### **B) Le règlement européen dit «Omnibus 2» du 16 février 2021**

Le 16 février 2021, le Parlement européen et le Conseil ont adopté le nouveau règlement Omnibus 2 pour donner une flexibilité temporaire et garantir les dérogations du règlement Omnibus 1 (mesures temporaires en ce temps de pandémie COVID-19 sur la validité des certificats, licences, autorisations pour notamment le transport routier professionnel) : une extension du 1<sup>er</sup> septembre 2020 au 30 juin 2021.

Ce texte a été publié au Journal Officiel de l'Union européenne du 22 février 2021.

**La directive 2003/59 sur les règles applicables à la qualification initiale et à la formation continue des conducteurs (article 2)** : Les délais pour les formations continues qui auraient expiré ou arriveraient à expiration entre le 1<sup>er</sup> septembre 2020 et le 30 juin 2021 sont prolongés de 10 mois à compter de leur date d'expiration.

La validité de l'apposition du code harmonisé «95» (prévu à l'annexe I de la directive 2006/126 sur les permis de conduire) est prolongée pour 10 mois à compter de la date indiquée sur chacun de ces permis de conduire ou cartes de qualification.

La validité des cartes de qualification de conducteur (annexe II de la directive 2003/59) qui auraient expiré ou seraient arrivés à expiration entre le 1<sup>er</sup> septembre 2020 et le 30 juin 2021 est prolongée de 10 mois à compter de leur date d'expiration.

**La directive 2006/126 sur le permis de conduire (article 3)** : La validité des permis de conduire qui aurait expiré ou serait arrivé à expiration entre le 1<sup>er</sup> septembre 2020 et le 30 juin 2021 est prolongée de 10 mois à compter de leur date d'expiration.

**Le règlement 165/2014 sur le tachygraphe dans les transports routiers (article 4)** : Les inspections régulières prévues qui auraient dû être réalisées entre le 1<sup>er</sup> septembre 2020 et le 30 juin 2021 pouvaient être effectuées au plus tard 10 mois après la date à laquelle elles auraient dû être réalisées.

**Le renouvellement de la carte conducteur demandé aux autorités compétentes entre le 1<sup>er</sup> mars 2020 et le 31 août 2020** : les autorités doivent délivrer une carte de remplacement au plus tard deux mois après la réception de la demande. Il a été prévu que le conducteur puisse continuer à conduire à condition de prouver que sa demande a été introduite (pour cause de détérioration, mauvais fonctionnement ou remplacement).

**La directive 2014/45 sur le contrôle technique périodique (article 5)** : Les contrôles techniques qui devaient être ou avoir été effectués entre le 1<sup>er</sup> septembre 2020 et le 30 juin 2021 sont prolongés pour un délai de 10 mois.

**Le règlement 1071/2009 sur l'accès à la profession (article 6)** : S'agissant de l'exigence de capacité financière (et concernant les exercices comptables couvrant tout ou partie de la période du 1<sup>er</sup> mars 2020 au 30 septembre 2020), il avait été prévu que le délai accordé par l'autorité compétente ne dépasse pas 12 mois.

**Le règlement 1072/2009 sur l'accès au marché (article 7)** : Les licences communautaires dont la validité aurait expiré entre le 1<sup>er</sup> mars 2020 et le 31 août 2020 sont prolongées pour une période de 10 mois. La validité des copies certifiées conforme est prolongée en conséquence.



**G) Possibilité de désengagement (ou «opt-out») :** Pour chacune des mesures de ce règlement dit «omnibus 1», si un Etat membre estimait ne pas être capable de remplir les exigences «en raison des mesures qu'il a prises afin de prévenir ou contenir la propagation de la COVID-19, il pouvait présenter (sous 8 jours à compter du 22 février 2021) à la Commission européenne une demande motivée d'autorisation en vue de prolonger les périodes prévues.

**POINT IMPORTANT SUR LA FORCE OBLIGATOIRE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE :** Selon le principe de primauté, le droit de l'Union européenne a une valeur supérieure aux droits nationaux des États membres. Le principe de primauté vaut pour tous les actes européens disposant d'une force obligatoire. Les États membres ne peuvent donc pas appliquer une règle nationale qui serait contraire au droit de l'Union européenne.

Le principe de primauté garantit la supériorité du droit européen sur les droits nationaux. Il est un principe fondamental du droit européen. Tout comme le principe d'effet direct, il n'est pas inscrit dans les traités mais a été consacré par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

La CJUE a consacré le principe de primauté dans l'arrêt Costa contre Enel du 15 juillet 1964. Dans cet arrêt, la Cour déclare que le droit issu des institutions européennes s'intègre aux systèmes juridiques des États membres qui sont obligés de le respecter. Le droit européen a alors la primauté sur les droits nationaux. Ainsi, si une règle nationale est contraire à une disposition européenne, les autorités des États membres doivent appliquer la disposition européenne. Le droit national n'est ni annulé ni abrogé mais sa force obligatoire est suspendue.

La Cour a par la suite précisé que la primauté du droit européen s'applique à tous les actes nationaux, qu'ils aient été adoptés avant ou après l'acte européen concerné.

L'application directe et obligatoire des règlements européens est prévue par l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui énonce : *«Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis. Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre. La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci. Les recommandations et les avis ne lient pas».*

#### **42/ Les conducteurs routiers sont-ils exonérés de leurs obligations de formation professionnelle pendant la période d'état d'urgence sanitaire ?**

La réponse de l'administration à cette question est négative. Pour autant, cette interrogation résulte du 4° de l'article R3314-15 du Code des transports qui prévoit que les obligations relatives à la formation initiale et continue des conducteurs ne s'appliquent pas aux conducteurs des véhicules utilisés dans des états d'urgence ou affectés à des missions de sauvetage.

L'administration considère qu'une telle interprétation exempterait les conducteurs de leur obligation de qualification initiale et aurait à ce type un caractère disproportionné par rapport aux besoins actuels.

#### **43/ La partie théorique des FCO peut-elle être dispensée par visio-conférence ?**

Non. Il n'est pas prévu, selon l'administration, d'autoriser les moniteurs d'entreprises à dispenser par visio-conférence la partie théorique des FCO. L'administration justifie cette position par le fait qu'elle estime que les centres de formation disposeront, après la fin de l'état d'urgence sanitaire, d'un temps suffisant de plusieurs mois pour rattraper le retard accumulé dans les formations.

#### **44/ Les FCO peuvent-elles être dispensées en interne pendant la période d'état d'urgence sanitaire ?**

La réponse à cette question est négative. Il est acté que, dans la période actuelle, les employeurs doivent garantir la sécurité de leurs salariés en repensant l'organisation du travail, notamment en limitant au strict nécessaire les réunions.



Or, compte tenu, d'une part, des consignes du Secrétaire d'Etat aux transports, qui introduit une tolérance envers les conducteurs qui auraient dû renouveler leur FCO durant cette période, et de l'entrée en vigueur prochaine (selon l'administration) de la suspension de l'obligation de FCO et d'un délai de plusieurs mois laissé aux entreprises pour rattraper les retards accumulés en matière de formation, l'administration considère que le suivi d'une FCO (dans un centre de formation ou en interne) ne constitue pas une activité nécessaire à l'entreprise.

L'administration des transports estime qu'en conséquence, en application des recommandations du Ministère du Travail, la réalisation de FCO en interne durant la période de confinement au risque de suspension ou de retrait de l'agrément sous le couvert duquel la formation aurait été réalisée.

#### **45/ Les conducteurs dont les permis de conduire ont expiré à partir de la période de confinement peuvent-ils continuer à conduire ?**

Oui, et ce en application du Règlement UE 2020/698 du 25 mai 2020, qui a été publié au Journal Officiel de l'UE (Union européenne) le 27 mai 2020.

Il prévoit que la validité des permis de conduire qui aurait expiré ou arriverait à expiration entre le 1er février 2020 et le 31 août 2020 est prolongée de 7 mois à compter de leur date d'expiration.

Initialement, la position de l'administration des transports, reprise par les DREAL, était la suivante : elle consistait à considérer qu'il résulte de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 et des positions adoptées par le Secrétaire d'Etat aux Transports que les permis de conduire qui ont expiré entre le 12 mars 2020 et la fin d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire sont prorogés de plein droit (automatiquement) jusqu'à l'expiration d'un délai de 2 mois suivant la fin de cette période.

Le règlement européen se situe dans la même logique, mais constitue un texte ayant force obligatoire et sécurisant la situation des entreprises de transport routier ainsi que celle de leur personnel de conduite. **C'est donc bien le règlement européen qui doit aujourd'hui recevoir application.**

#### **46/ Quelles sont les dérogations applicables en matière de contrats en alternance (contrat d'apprentissage et contrat de professionnalisation) ?**

L'ordonnance du 1er avril 2020 a posé le principe d'une prolongation, jusqu'à la fin du cycle de formation, des contrats en alternance s'achevant entre le 12 mars 2020 et le 31 juillet 2020 sans que le cycle de formation n'ait été entièrement accompli en raison des reports de sessions de formation ou d'examens.

Une ordonnance du 15 avril 2020 a été publiée au Journal Officiel du 16 avril. Ce texte précise que pour les contrats en alternance ainsi prolongés, les dispositions relatives aux thèmes suivants ne sont pas applicables :

- les durées du contrat ;
- les durées de formation ;
- l'âge maximal de l'alternant.

Par ailleurs, pour les contrats d'apprentissage et les contrats de professionnalisation en cours au 12 mars 2020 et devant s'achever avant le 1er septembre 2020, les règles relatives aux durées de formation ne sont pas applicables.

La mesure est destinée à tenir compte de la fermeture des organismes de formation et des CFA, qui de ce fait peuvent être empêchés d'assurer les formations prévues.

Enfin, pour les apprentis qui étaient en cours de contrat au 12 mars 2020, l'obligation de débiter leur formation en CFA et leur formation en entreprise dans les 3 mois qui suivent le début du contrat ne s'applique pas.

#### **47/ Le dispositif du Fonds National de l'Emploi (FNE)-formation est-il un mécanisme spécifique permettant d'assurer des formations aux salariés placés en activité partielle pendant la période de crise sanitaire ?**

Oui. Dans le cadre de la crise du Covid-19, **le dispositif FNE-Formation a été renforcé** de manière temporaire afin de répondre aux besoins des entreprises en activité partielle par la prise en charge des coûts pédagogiques. Il est accessible à toutes les entreprises qui ont des salariés en activité partielle, par une convention signée entre l'entreprise et la DIRECCTE.

Le FNE-formation a été adapté pour soutenir les entreprises souhaitant former leurs salariés pendant la crise sanitaire. Le Ministère du Travail a diffusé le 13 novembre 2020 une mise à jour de ses Questions/réponses, évoquant un recentrage du dispositif sur les salariés en activité partielle et la baisse du niveau de prise en charge.

### **A) Rappels relatifs au dispositif du FNE-formation**

Le FNE-Formation renforcé est une aide publique destinée à financer la formation des salariés pendant leurs périodes d'inactivité liées à un placement en activité partielle.

Cette mesure d'urgence vise à mettre à profit les périodes pendant lesquelles l'entreprise est contrainte de réduire ou de suspendre son activité du fait de la crise sanitaire pour développer l'employabilité des salariés et favoriser l'acquisition de compétences dont l'entreprise a besoin pour renforcer sa compétitivité.

En temps normal, le FNE-Formation est un dispositif d'appui aux mutations économiques mobilisé en priorité pour les entreprises de moins de 250 salariés et au bénéfice des actions visant « *les salariés les plus exposés à la perte de leur emploi* » et ceux « *de faible niveau de qualification par rapport aux besoins du marché du travail sur leur bassin d'emploi* ».

### **B) En qui consiste le FNE-formation renforcé ?**

Depuis le 14 avril 2020, le dispositif de FNE-Formation a été renforcé pour permettre une prise en charge intégrale des coûts pédagogiques des formations suivies par les salariés placés en activité partielle. Accessible à toutes les entreprises, quelle que soit leur taille et leur secteur d'activité, dans le cadre d'une convention simplifiée avec la Direccte, ce dispositif temporaire entend encourager les employeurs à développer l'employabilité de leurs salariés pour favoriser ensuite la relance de leur activité.

Le FNE-Formation renforcé est ouvert à toutes les entreprises ayant recours à l'activité partielle, sans critère de taille ou d'appartenance à un secteur d'activité.

Tous les salariés placés en activité partielle sont éligibles, à l'exception de ceux en contrat d'apprentissage ou en contrat de professionnalisation dont la formation est déjà prise en charge.

L'éligibilité des salariés au FNE-Formation renforcé est indépendante de leur catégorie socio-professionnelle ou de leur niveau de diplôme.

Pour les contrats courts (contrats à durée déterminée, parcours emploi-compétences, etc.), ils doivent demeurer salariés jusqu'à l'expiration de la durée de la convention de formation du FNE.

**Le mécanisme du FNE-formation a fait l'objet d'un questions/réponses du Ministère du Travail.** Les précisions suivantes ont été apportées :

- un salarié placé en activité partielle n'est pas soumis au maximum légal annuel de 30 heures de formation hors temps de travail (article L6321-6 du Code du travail) ;
- les formations peuvent, depuis le 2 juin, être réalisées en présentiel (et non plus seulement à distance) ;
- les frais annexes (hébergement, transports) peuvent être pris en charge intégralement ;
- les demandes de financement pour un public mixte (salariés en activité partielle ou non) sont possibles au-delà du 31 mai ;
- en cas de convention avec un OPCO, l'instruction est effectuée par ce dernier, dans les mêmes conditions que la DIRECCTE. S'agissant des coûts horaires, l'organisme financeur doit veiller à l'adéquation financière des prestations achetées aux besoins de formation, à l'ingénierie pédagogique déployée par le prestataire, à l'innovation des moyens mobilisés et aux tarifs pratiqués dans des conditions d'exploitation comparables pour des prestations analogues.

**A NOTER : le FNE Formation peut financer les FCO pour les salariés en activité partielle.**

En effet, dans les Questions-Réponses du Ministère du travail relatif au FNE-formation mis à jour le 16 juin 2020, il est indiqué : « *Les actions éligibles sont celles mentionnées aux 1°, 2° et 3° de l'article L. 6313-1 (qui mentionne notamment « les actions de formation », dont le champ est très large), dont celles permettant*

*d'obtenir une des qualifications mentionnées à l'article L6314-1 du Code du travail ainsi que celles qui conduisent aux certifications et habilitations mentionnées à l'article L6113-6.*

*Il peut s'agir d'un titre ou diplôme à finalité professionnelle inscrit au répertoire national des certifications professionnelles, d'une qualification reconnue dans les classifications d'une convention collective nationale de branche ou d'un certificat de qualification professionnelle.*

*Les formations obligatoires (hygiène-sécurité au sens des articles L4121-1 et L4121-2) sont exclues, de même que les formations par alternance ou apprentissage. Les formations permettant le renouvellement d'une habilitation ou certification individuelle nécessaire à l'exercice de leur activité professionnelle sont toutefois éligibles. Les formations par alternance et apprentissage sont exclues».*

Voir le Questions-Réponses du Ministère du travail (mis à jour le 17 février 2021) :

<https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr-covid-fne-formation.pdf>

### **C) Les modifications du dispositif FNE résultant de l'Instruction du Ministère du Travail (DGEFP) du 27 janvier 2021**

Dans le cadre de la crise du Covid-19, le FNE-Formation a été renforcé de manière temporaire afin de répondre aux besoins de l'ensemble des entreprises en activité partielle par la prise en charge de coûts pédagogiques.

En 2020, l'Etat a adapté le FNE-Formation afin de répondre en urgence à la crise Covid-19, pour renforcer massivement les compétences des salariés placés en activité partielle. En 2021, l'objectif est d'accompagner des parcours de formation mieux structurés et plus longs pour les salariés placés en activité partielle ou en APLD, ou les salariés des entreprises en difficulté. Le taux d'intensité est revu afin de renforcer l'accompagnement des petites et moyennes entreprises.

Le FNE est désormais élargi à une nouvelle typologie d'entreprises : les entreprises en difficulté (article L1223-3 du Code du travail) qui s'ajoutent aux entreprises AP et APLD.

L'ensemble des salariés (en activité partielle / APLD ou hors activité partielle) des entreprises plaçant tout ou partie de leurs salariés en activité partielle ou en activité partielle de longue durée sont éligibles, à l'exception des salariés en contrat d'apprentissage ou en contrat de professionnalisation.

Tous les salariés (à l'exception des alternants) sont éligibles, indépendamment de leur catégorie socioprofessionnelle ou de leur niveau de diplôme. Pour les salariés placés en activité partielle / APLD, lorsque la formation se déroule durant le temps d'inactivité du salarié, l'entreprise doit recueillir l'accord explicite du salarié.

Par ailleurs, le dispositif est recentré sur des parcours de formation et non des formations isolées. Enfin, il se déploiera dans le cadre d'une convention nationale DGEFP-OPCO et les modalités de financement sont redéfinies.

Ces conventions bipartites (entre l'Etat et les OPCO) ont un triple objectif :

- le financement et la mise en œuvre d'actions ayant pour objectif d'accompagner les entreprises dans la sécurisation des parcours professionnels de leurs salariés (accompagnement des parcours de reconversion, adaptation permanente et développement des compétences, en intégrant les impacts de la crise Covid-19 ou ceux liés aux transitions numériques et écologiques) ;
- l'anticipation et l'accompagnement des mutations organisationnelles ou économiques pour contribuer à la relance et la transformation de l'économie post covid-19 ;
- la simplification administrative au profit des entreprises, par l'accès à l'offre de services des OPCO, comprenant leur ingénierie, et la prise en charge de parcours de formation types répondant aux besoins en compétences des entreprises des branches concernées.

Les conventions nationales prennent en charge les actions éligibles ayant été réalisées ou ayant fait l'objet d'un accord de prise en charge en 2020 et n'ayant pu être couvertes dans le cadre des conventions régionales FNE Formation avec l'opérateur de compétences, selon les conditions prévues au moment du dépôt complet du dossier auprès de l'opérateur de compétences.

## 10. Taux d'intensité

La prise en charge par la convention est précisée dans le tableau ci-dessous. Le cofinancement public est exclu, à l'exception de la partie rémunérations pour les entreprises en difficultés de moins de 50 salariés, qui peut être accompagnée par les OPCO.

*Prise en charge des coûts pédagogiques par le FNE-Formation*

Taille de l'entreprise	Activité Partielle (AP)	Activité Partielle de longue durée (APLD)	Entreprises en difficulté (covid) – article L. 1233-3 du code du travail
Moins de 300 salariés	100%	100%	100% *
De 300 à 1000 salariés	70%	80%	70%
Plus de 1000 salariés	70%	80%	40%

*\* Possibilité de prendre en charge la rémunération des stagiaires pour les entreprises de moins de 50 salariés par le Plan de Développement des Compétences de moins de 50 salariés.*

## 48/ Existe-t-il des reports d'échéances sur les obligations des entreprises en matière de santé et de sécurité ?

Non. Contrairement à l'état d'urgence sanitaire déclaré au printemps 2020, aucune ordonnance n'est venue aménager l'ensemble des délais d'exécution prévus par voie législative ou réglementaire en matière de santé et de sécurité au travail.

Ainsi, l'employeur doit satisfaire aux délais habituels concernant :

- les primo-obligations (formations avant affectation au poste de travail, vérifications initiales, premières demandes de certification ou d'accréditation),
- le renouvellement des formations obligatoires en matière de santé et de sécurité au travail (ex : recyclage en prévention des risques électriques, recyclage en certification de sauveteur secouriste du travail, etc.),
- et les vérifications périodiques des équipements de travail (ex. : appareils et accessoires de levage, compresseurs, portes automatiques, extincteurs) ou des installations (ex. : installations électriques, installations thermiques).

L'employeur s'assure de la présence des travailleurs nécessaires à la bonne réalisation des vérifications.

Voir le [site du Ministère du travail](#) pour en savoir plus sur cette absence de report.

Consultez la [publication de l'INRS](#) pour en savoir plus sur les vérifications périodiques obligatoires.

## 49/ Quel est l'impact de la crise sanitaire sur les élections professionnelles du comité social et économique (CSE) ?

Un cadre juridique spécifique avait été mis en place lors de la période du premier état d'urgence sanitaire et du premier confinement. Bien qu'un second cadre juridique ait été mis en place en raison du second confinement (30 octobre 2020-15 décembre 2020), aucune interruption automatique du processus des élections professionnelles n'a été actée par les pouvoirs publics.

L'employeur peut maintenir les élections professionnelles lorsque le confinement n'empêche pas d'organiser le processus électoral dans des conditions assurant la sincérité du scrutin.

Ainsi le calendrier initial peut être maintenu dès lors :

- que l'organisation suit son cours (négociation du protocole d'accord électoral éventuellement à distance, possibilité pour les candidats de faire campagne à distance, etc.) ;
- que les salariés peuvent voter (vote électronique ou à distance ou absence de télétravail).

L'employeur a cependant la possibilité de procéder au report des élections. Il doit alors :

- renégocier le protocole électoral s'il existait déjà, pour fixer la nouvelle date des élections ;
- proroger les mandats en cours (normalement, les élections doivent se tenir 15 jours ou moins avant l'expiration des mandats en cours).

Si un CSE est déjà en place, un accord unanime, signé entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives, est nécessaire pour prolonger les mandats.

### **50/ La procédure d'information/consultation du comité social et économique (CSE) est-elle suspendue pendant la période de crise sanitaire ?**

La réponse, en l'état actuel du droit, est négative. Des adaptations aux modalités de fonctionnement habituel du CSE ont cependant été mises en place.

Ainsi, l'ordonnance du 25 novembre 2020 a réintroduit la possibilité de réunir le CSE par visioconférence (sans restriction), voire par conférence téléphonique ou messagerie instantanée. Ces nouvelles règles se distinguent du régime antérieur par le droit du CSE de refuser une réunion à distance sur certains sujets sensibles.

Ces principes s'appliqueront jusqu'à l'expiration de la période d'état d'urgence sanitaire en cours, donc, en l'état actuel des textes, jusqu'au 1<sup>er</sup> juin 2021 inclus.

Elle concerne le comité social et économique (CSE), mais aussi, et plus généralement, les «instances représentatives du personnel régies par les dispositions du code du travail».

Les modalités des réunions par visioconférence et par messagerie instantanée ne pouvaient entrer en vigueur qu'une fois précisées par décret. Ce texte, le Décret n°2020-1513 du 3 décembre 2020 relatif aux modalités de consultation des instances représentatives du personnel pendant la période de l'état d'urgence sanitaire, a été publié au Journal Officiel du 4 décembre 2020.

Une différence notable avec le régime juridique ayant existé lors du premier confinement existe. En effet, le CSE peut refuser la réunion par visioconférence, audioconférence ou messagerie instantanée lorsque l'information et la consultation du comité intervient dans le cadre de l'un des mécanismes ou régimes suivants :

- procédures de licenciement collectif pour motif économique ;
- mise en œuvre des accords de performance collective ;
- mise en œuvre des accords de rupture conventionnelle collective ;
- mise en œuvre de l'activité partielle de longue durée.

Dans chacune de ces hypothèses, le CSE a la possibilité de refuser une réunion par visioconférence si l'employeur a déjà épuisé son quota de trois réunions par an. S'il s'agit d'une réunion par téléphone ou par messagerie instantanée, il n'y a pas de condition au refus.

L'employeur qui décide d'organiser la réunion du CSE par conférence téléphonique doit en informer au préalable les membres du comité. Le décret ajoute que le dispositif technique :

- garantit l'identification des membres et leur participation effective en assurant une retransmission continue et simultanée du son des délibérations ;
- ne fait pas obstacle à des suspensions de séance.

En cas de vote à bulletin secret, le dispositif doit faire en sorte qu'il soit impossible de mettre en relation «l'électeur» et son vote. En cas de vote par voie électronique, il faut assurer la confidentialité des données transmises, ainsi que la sécurité de l'adressage des moyens d'authentification, de l'émargement, de

l'enregistrement et du dépouillement des votes (article D2315-1, alinéa 3 du Code du travail).

Enfin, le vote doit être simultané. Les participants disposent d'une durée identique pour voter. Cette durée court à compter de l'ouverture des opérations de vote indiquée par l'employeur (article D2315-2 du Code du travail).

L'ordonnance du 25 novembre permet également de recourir à la messagerie instantanée pour l'ensemble des réunions des institutions représentatives du personnel, mais uniquement s'il est impossible d'avoir recours à la visioconférence ou à la conférence téléphonique ou lorsqu'un accord d'entreprise le prévoit.

Le décret précise que l'employeur doit informer préalablement les membres du CSE de la date et de l'heure du début de réunion, ainsi que de la date et de l'heure à laquelle interviendra au plus tôt sa clôture et que cette information suit les règles applicables à la convocation des réunions de l'instance. Les modalités d'information sont là encore celles applicables à la convocation aux réunions (information 3 jours avant).

Comme pour la conférence téléphonique, le dispositif technique :

- garantit l'identification des membres et leur participation effective en assurant la communication instantanée des messages au fil des délibérations ;
- ne fait pas obstacle à des suspensions de séance.

Sur le déroulement de la réunion, le décret précise que l'employeur informe préalablement les élus de la date et de l'heure de début de la réunion, ainsi que la date et l'heure à laquelle, au plus tôt, elle se terminera. L'engagement des délibérations est subordonné à la vérification de l'accès de tous les participants à des moyens techniques conformes aux conditions détaillées ci-avant.

Les débats sont clos par un message de l'employeur, qui ne peut intervenir avant l'heure limite fixée au préalable lors de l'information des membres du CSE. Le vote est simultané et les participants disposent d'une durée identique pour voter. Au terme de cette durée, l'employeur adresse les résultats à l'ensemble des membres.

Le vote à bulletin secret dans le cadre d'une réunion par messagerie instantanée obéit aux mêmes règles qu'en cas de conférence téléphonique : impossibilité relier « l'électeur » à son vote, confidentialité des données transmises en cas de vote électronique, etc.

Voir l'ordonnance du 25 novembre 2020 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042564921>

Voir le décret n°2020-1513 du 3 décembre 2020 relatif aux modalités de consultation des instances représentatives du personnel pendant la période de l'état d'urgence sanitaire :

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042607461>

### **51/ Les délais d'information-consultation du comité social et économique (CSE) sont-ils adaptés en raison de la crise sanitaire ?**

La réponse est aujourd'hui négative. Elle a été positive durant la première période d'état d'urgence sanitaire et de confinement. En effet, des dispositions législatives et réglementaires ont alors été prises par les pouvoirs publics aux mois d'avril et de mai 2020.

A NOTER : dans un arrêt rendu le 19 mai 2021, le Conseil d'Etat a annulé l'article 9 de l'ordonnance n°2020-460 du 22 avril 2020, ainsi que le décret qui s'y rattachait (décret n°2020-508 du 2 mai 2020). Ces deux textes adaptaient temporairement les délais relatifs à la consultation et à l'information du comité social et économique (CSE) afin de faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie de Covid-19.

La justification de la Haute Juridiction administrative est la suivante : la loi d'habilitation du 23 mars 2020 autorisant le gouvernement à procéder par ordonnance ne lui permettait pas à procéder à ces décisions. Si ces textes ne sont aujourd'hui plus applicables, cette décision pourrait toutefois ouvrir une voie contentieuse.

Bien que les effets de l'annulation soient limités (les textes en question ne sont demeurés en vigueur que 4 mois et ne sont désormais plus applicables), le Conseil d'Etat a estimé qu'il n'y avait pas lieu de limiter les



effets de ces annulations, alors même qu'il aurait pu être considéré qu'il en allait de l'intérêt général et décidé que les effets rétroactifs de l'annulation ne joueraient pas. Cette décision pourrait ainsi potentiellement ouvrir une voie de contentieux sur des décisions d'entreprises fondées sur ces délais abrogés de consultation du CSE ou sur l'impossibilité pour le CSE de se prononcer dans les délais impartis.

## **52/ Quelles sont les règles applicables aux élus du personnel en période de crise sanitaire liée au Covid-19 ?**

Tant que l'élu utilise ses heures de délégation pour accomplir sa mission de représentant du personnel, il dispose de la faculté d'en faire librement usage (sans autorisation préalable de l'employeur en dépit de la crise sanitaire).

Le représentant du personnel élu n'a pas besoin de prévenir à l'avance l'employeur de l'usage de ses heures de délégation. Ce n'est que pour les heures reportées ou mutualisées que l'employeur doit être informé au plus tard 8 jours avant leur prise de ces heures.

Même si les élus sont libres, le Ministère du Travail considère cependant qu'il est «*souhaitable*» d'organiser une concertation préalable entre l'employeur et le représentant du personnel, afin de planifier l'usage des heures de délégation.

Une absence soudaine et inopinée du représentant du personnel bénéficiant d'heures de délégation pourrait effectivement nuire à l'organisation du travail dans l'entreprise.

Le nombre d'heures de délégation peut être dépassé dans des circonstances exceptionnelles. En pratique, les circonstances qui justifient ce dépassement doivent être significatives et exceptionnelles (article R2314-1 du Code du travail).

La définition de ce qu'est une «*circonstance exceptionnelle*» résulte de la jurisprudence. La Cour de cassation a défini cette notion comme une activité inhabituelle nécessitant de la part des membres du CSE un surcroît d'activité, débordant le cadre habituel de leurs tâches en raison notamment de la soudaineté de l'événement ou de l'urgence des mesures à prendre (arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 6 juillet 1994).

Le contexte actuel caractérise-t-il l'existence de circonstances exceptionnelles ? Le Ministère du travail considère que la mise en place d'un état d'urgence sanitaire justifie une réponse positive.

Les mesures prises par l'employeur dans le cadre de la crise sanitaire peuvent avoir des conséquences importantes sur les conditions de travail des salariés, et susciter des questions de la part des salariés adressées aux représentants élus et mandatés. Cette situation peut ainsi constituer une circonstance exceptionnelle.

Les pouvoirs publics précisent néanmoins que le dépassement du crédit d'heure devra s'effectuer dans des proportions «*raisonnables*».

Les heures de délégation étant considérées comme du temps de travail, l'employeur doit les rémunérer comme tel. S'il peut toujours contester l'usage fait des heures de délégation, l'employeur devra préalablement impérativement payer les heures litigieuses à l'échéance normale, (il s'agit d'une position constante de la Cour de cassation qui a posé un principe appelé principe du paiement préalable).

A défaut d'un tel paiement des heures normales de délégation, tout recours judiciaire de l'employeur est jugé irrecevable. Cependant, la jurisprudence considère que le principe du paiement préalable ne s'applique pas aux heures résultant de circonstances exceptionnelles.

Ainsi, lorsqu'un représentant du personnel a excédé son crédit d'heures de délégation pour cause de circonstances exceptionnelles, l'employeur est en droit de ne pas payer à l'échéance normale ces heures de délégation s'il juge qu'elles n'avaient pas à être prises. Dans ce cas précis, il peut tout d'abord demander aux élus d'établir l'existence des circonstances exceptionnelles et de la conformité de l'utilisation des heures de délégation avec leur mission.

## **53/ A quelles conditions des mesures d'activité partielle peuvent-elles être mises en place en cas de pandémie ?**

L'activité partielle est un dispositif qui permet de réduire ou suspendre temporairement l'activité des salariés. Durant cette période, l'employeur verse une indemnisation au salarié placé en position d'activité partielle. L'État garantit à l'employeur une prise en charge partielle de l'indemnisation des heures chômées.



Ce mécanisme est mobilisable par toute entreprise implantée sur le territoire national pour les salariés disposant d'un contrat de travail de droit français, quel que soit son secteur d'activité ou la taille de ses effectifs.

Les conséquences d'une pandémie peuvent évidemment conduire à la perturbation sensible de l'activité.

Toutes les demandes doivent être déposées sur le portail dédié en amont du placement effectif des salariés en activité partielle :

<https://activitepartielle.emploi.gouv.fr/>

Toutefois, il n'est pas toujours possible d'anticiper les demandes d'activité partielle avant le placement des salariés en activité partielle. Dans ce cas, les employeurs sont invités à déposer leur demande d'activité partielle dans un délai raisonnable après le début de la période demandée.

Le lien ci-après comporte par ailleurs des dispositifs de simulation de l'indemnisation de l'employeur en cas d'activité partielle :

<https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F23503>

**ATTENTION : toute demande d'activité partielle doit être justifiée. L'administration n'est pas obligée d'accepter toutes les demandes d'activité partielle. La demande doit ainsi nécessairement préciser :**

- les motifs justifiant le recours à l'activité partielle ;
- la période prévisible de sous-activité ;
- le nombre de salariés concernés.

**La demande doit précisément indiquer les effets de l'épidémie de Covid-19 sur l'entreprise.**

#### **Quand l'entreprise peut-elle bénéficier du mécanisme d'activité partielle ?**

Les conséquences suivantes peuvent ouvrir droit à placer les salariés en position d'activité partielle :

- difficultés d'approvisionnement et/ou défaillance de fournisseurs et de sous-traitants ;
- dégradation de services particulièrement sensibles (énergie, communications, transports) ;
- perturbation des services financiers et réduction des disponibilités financières ;
- annulation de commandes et impossibilité d'en satisfaire d'autres ;
- mesures de contrôle aux frontières et interruption des liaisons internationales, restriction des importations/exportations, interruption des déplacements à l'étranger, restrictions de circulation sur le territoire national ;
- fermeture totale ou partielle de l'établissement, ou réduction collective du temps de travail.

Il convient de préciser que le dispositif ne prend en charge que les heures non travaillées, c'est-à-dire qui n'entrent pas dans la définition légale du temps de travail effectif. En temps normal, toutes les demandes d'activité partielle doivent être préalables au placement en activité partielle des salariés.

**Exemple de situation éligible** : une compagnie de bus devait fournir 15 véhicules pour un évènement. Celui-ci est annulé quelques jours avant et les conducteurs ne peuvent pas être redéployés sur d'autres manifestations.

Les conducteurs peuvent bénéficier de l'activité partielle pour les heures prévues mais non travaillées.

**Exemple de situation non-éligible** : Les conducteurs routiers sont sur la route (ou attendent les passagers au point de rencontre).

Le déplacement est annulé du fait d'une décision administrative, et par conséquent les conducteurs retournent au dépôt et sont renvoyés à la maison jusqu'au prochain déplacement.

Le dispositif d'activité partielle s'enclenche à partir du moment où les conducteurs quittent le dépôt/l'établissement/l'entreprise après avoir rendu les bus. Cela vaut également pour les conducteurs de transport de marchandises qui étaient sur la route et qui se verraient contraints de faire demi-tour car ils ne peuvent pas passer les frontières.

**Exemples cités par les pouvoirs publics de possibilité de mise en activité partielle :**

<b>Exemples de situations pouvant justifier le recours à l'activité partielle</b>	
<b>Cas</b>	<b>Commentaires</b>
<b>Fermeture administrative d'établissement</b>	
<b>Interdictions de manifestations publiques à la suite d'une décision administrative</b>	
<b>Absence (massive) de salariés indispensables à l'activité de l'entreprise</b>	<b>Si les salariés indispensables à la continuité de l'entreprise sont contaminés par le coronavirus/en quarantaine rendant ainsi impossible la continuité de l'activité, les autres salariés peuvent être placés en activité partielle.</b>
<b>Interruption temporaire des activités non-essentiels</b>	<b>Si les pouvoirs publics décident de limiter les déplacements pour ne pas aggraver l'épidémie, les salariés peuvent être placés en activité partielle.</b>
<b>Suspension des transports en commun par décision administrative</b>	<b>Tous les salariés ne pouvant pas se rendre sur le lieu de travail du fait de l'absence de transports en commun peuvent être placés en activité partielle</b>
<b>Baisse d'activité liée à l'épidémie</b>	<b>Les difficultés d'approvisionnement, la dégradation de services sensibles, l'annulation de commandes, etc, sont autant de mesures permettant de recourir à l'activité partielle.</b>

En principe, tout salarié peut être concerné par le mécanisme d'activité partielle, indépendamment de la nature de son contrat de travail (CDI ou CDD) ou de la nature de l'activité exercée (saisonnier, intérimaire).

Les modalités de l'indemnité et de l'allocation d'activité partielle sont les suivantes :

-la rémunération mensuelle de référence servant au calcul de l'indemnité et de l'allocation d'activité partielle correspond à la moyenne des rémunérations brutes perçues au cours des 12 derniers mois civils, ou de la totalité des mois civils travaillés si le salarié a travaillé moins de 12 mois, précédant le premier jour de placement en activité partielle de l'entreprise ou de l'établissement ;

-le montant horaire servant au calcul de l'indemnité à verser au salarié (et de l'allocation remboursée à l'employeur) est déterminé en rapportant le 1/30e de la rémunération mensuelle de référence à 7 heures (en d'autres termes, le taux horaire de référence est égal à  $1/7 \times$  (rémunération mensuelle de référence/30) ;

-le nombre d'heures non travaillées indemnifiables, dans la limite de la durée légale du travail, est obtenu selon les modalités de conversion en heures des salariés en forfait jours dans la mesure où ils n'ont pas de référence horaire.

On part donc du nombre de jours ou de demi-journées ouvrés non travaillés par le salarié au titre de la période considérée que l'on convertit en heures comme suit :

- une demi-journée non travaillée correspond à 3h30 non travaillées ;
- une journée non travaillée correspond à 7 heures non travaillées ;
- une semaine non travaillée correspond à 35 heures non travaillées.

Du total issu de cette conversion, il faut ensuite déduire les jours de congés payés et de repos au cours de la période d'activité partielle, ainsi que les jours fériés non travaillés qui correspondent à des jours ouvrés. Ceux-ci sont convertis en heures selon les mêmes modalités.

Une autorisation d'activité partielle peut être accordée pour une durée maximum de 6 mois renouvelables.

#### **54/ Existe-t-il un dispositif d'activité partielle modulé temporaire mis en place par les pouvoirs publics ?**

Oui. Un système d'activité partielle modulé existe et a été adapté par les pouvoirs publics.

A NOTER : plusieurs textes légaux et réglementaires ont été publiés fin décembre pour prolonger, voire pérenniser, à compter du 1er janvier 2022, la plupart des dispositions temporaires encadrant l'activité partielle depuis mars 2020. Ils complètent ainsi l'ordonnance n°2021-1214 du 22 septembre 2021 et la loi n°2021-1455 du 10 novembre 2021 qui avaient déjà prolongé d'autres mesures dérogatoires au dispositif d'activité partielle.

### **A) Les principes généraux**

Un dispositif spécifique a été mis en place durant l'année 2020. Il a consisté à prendre pour partie en charge par l'Etat le maintien de la rémunération de salariés placés en activité partielle (et à 100% pour les secteurs considérés comme les plus touchés par la crise sanitaire).

L'ordonnance du 14 octobre 2020 a prévu que, pour la période du 1er novembre au 31 décembre 2020, le taux horaire de l'indemnité d'activité partielle pourrait être modulé en fonction des secteurs d'activité et des caractéristiques des entreprises. Ces règles dérogatoires ont été maintenues à ce jour.

Le principe était (et demeure) le suivant : fixation d'un taux de base pour le «cas général» et application d'un taux majoré pour les salariés des entreprises «très touchées» par la crise sanitaire.

Depuis l'origine, le remboursement versé aux entreprises a déjà fait l'objet d'une modulation en fonction des secteurs d'activité : taux d'allocation de 60% pour le cas général et taux majoré de 70 % pour les entreprises les plus touchées par la crise sanitaire.

Les entreprises les plus affectées par la crise sanitaire, au sens des dispositions réglementaires en vigueur, sont :

- celles qui relèvent des secteurs protégés (tourisme, hôtellerie, restauration, sport, culture, événementiel, transport aérien) (liste S1) ;
- celles relevant des secteurs connexes qui ont subi une très forte baisse de chiffre d'affaires (liste S1 bis) ;
- celles relevant d'autres secteurs dont l'activité principale impliquant l'accueil du public est interrompue du fait de la propagation du covid-19 : pour ces dernières, l'ordonnance précise que l'interruption d'activité peut être totale ou partielle.

**Les décrets d'application de l'ordonnance du 15 octobre 2020** : trois décrets ont été publiés au Journal Officiel du 30 octobre 2020. Ils concernent le régime applicable à l'activité partielle. Ce n'est pas neutre car le taux de remboursement pour les entreprises sera plus important pour l'APLD en cas d'accord de branche (ou s'il y a des accords d'entreprises, pour les entreprises concernées) que par le biais du dispositif de droit commun.

### **B) Modifications de la procédure d'activité partielle de droit commun**

**Renforcement de l'information du CSE à compter du 1er novembre 2020** : Il est prévu que dans les entreprises de 50 salariés et plus, l'employeur est tenu d'informer le CSE à l'échéance de chaque autorisation des conditions dans lesquelles l'activité partielle a été mise en œuvre.

**Nouvelle durée maximale d'autorisation de recours à l'activité partielle** : Un décret du 30 octobre 2020 a réduit la durée maximale en la fixant, à partir du 1er janvier 2021, à 3 mois renouvelables dans la limite de 6 mois, consécutifs ou non, sur une période de référence de 12 mois consécutifs. Cette date est désormais repoussée au 1<sup>er</sup> juillet 2021.

Ainsi, pour les demandes adressées à l'administration à compter du 1er juillet 2021, l'autorisation d'activité partielle pourra être accordée pour une durée maximum de 3 mois. Elle pourra être renouvelée dans la limite de 6 mois, consécutifs ou non, sur une période de référence de 12 mois consécutifs.

**Délai de réponse de l'administration fixé à 15 jours** : Le délai de réponse de l'administration est revenu à 15 jours depuis le 1er octobre 2020. Depuis cette date, c'est au terme de ce délai que l'absence de réponse de l'administration vaut acceptation tacite de la demande.

**Demande d'autorisation pour au moins 50 établissements implantés dans plusieurs départements :** lorsqu'une demande d'autorisation préalable d'activité partielle et, le cas échéant, une demande de renouvellement d'autorisation portent, pour le même motif et la même période, sur au moins 50 établissements implantés dans plusieurs départements, l'employeur peut adresser une demande unique au titre de l'ensemble des établissements au préfet d'un de ces départements d'implantation.

Dans ce cas, le contrôle des conditions de placement en activité partielle des salariés est confié au préfet du département où est implanté chacun des établissements concernés.

### **55/ Existe-t-il un cadre général concernant l'application de l'activité partielle aux personnes qualifiées de « personnes vulnérables » ainsi qu'aux personnes chargées de garder un enfant ?**

Oui, mais uniquement jusqu'au 31 juillet 2022.

#### **A) Rappel du contexte**

##### A) L'activité partielle pour les parents d'un enfant dont la garde est nécessaire

Les parents d'un enfant de moins de 16 ans ou d'un enfant handicapé, contraints de le garder suite à la fermeture pour raison sanitaire de la section, de la classe ou de l'établissement d'accueil de leur enfant (crèche notamment) peuvent aujourd'hui toujours être placés en activité partielle s'ils ne peuvent télétravailler.

La difficulté repose le plus souvent sur cette possibilité de télétravailler. Le Ministère du Travail précise qu'un salarié est considéré comme étant dans l'incapacité de télétravailler :

- lorsqu'il occupe un poste non télétravaillable ;
- si l'employeur, estime qu'il est dans l'incapacité de télétravailler (cette analyse devant être objectivée : l'incapacité est évaluée en tenant compte par exemple du nombre d'enfants à charge, de leur âge, des conditions de logement, etc).

Ce dispositif est aussi ouvert aux parents d'un enfant cas contact soumis à une mesure d'isolement car atteint d'une immunodépression grave.

Les salariés de droit privé qui sont contraints de garder leur enfant accueilli chez un assistant maternel à domicile positif au Covid-19 ou cas contact intrafamilial, sans pouvoir télétravailler, sont aussi pris en charge par l'activité partielle.

##### B) L'activité partielle pour les personnes vulnérables

Une personne vulnérable peut bénéficier de l'activité partielle lorsqu'elle ne peut pas télétravailler dès lors :

- qu'elle justifie d'un critère de vulnérabilité au Covid-19 (hors cas des immunodépressions sévères) et est affectée à un poste de travail pour lequel l'employeur n'est pas en mesure de mettre en place des mesures de protection renforcées et susceptible de l'exposer à de fortes densités virales (par exemple les services hospitaliers de 1<sup>re</sup> ligne) ;
- qu'elle est atteinte d'une immunodépression sévère ou qu'elle justifie d'un critère de vulnérabilité au COVID-19 et d'une contre-indication à la vaccination.

Elle doit pour cela remettre à son employeur un certificat d'isolement établi par le médecin traitant, de ville ou du travail.

##### C) Fin du dispositif d'activité partielle dérogatoire à compter du 1er août 2022

Les dispositifs évoqués aux points A et B s'arrêtent au 31 juillet 2022. En effet, le questions-réponses du Ministère du Travail relatif à l'activité partielle, qui a été mis à jour le 4 juillet 2022, prévoit la cessation de ce dispositif.

Il ne sera plus possible de placer un salarié en activité partielle pour garde d'enfant ou pour personnes vulnérables à compter du 1er août 2022 (sauf décision contraire des pouvoirs publics d'ici-là, tendance qui ne semble pas être le cas).

A NOTER : lorsque l'enfant est atteint du Covid-19, le salarié peut bénéficier des indemnités journalières dérogatoires des arrêts de travail, sans délai de carence s'il ne peut pas télétravailler.

**Voir le questions-réponses actualisé du Ministère du Travail :**

<https://travail-emploi.gouv.fr/emploi-et-insertion/accompagnement-des-mutations-economiques/activite-partielle-chomage-partiel/faq-chomage-partiel-activite-partielle#enfants-vulnerable>

## **56/ Qu'est-ce que le dispositif d'activité partielle de longue durée (dit dispositif APLD) créé dans le cadre des mesures d'urgence contre le Covid-19 (mais également applicable dans le contexte de crises multiples)?**

### **A) Le principe régissant le mécanisme de l'activité réduite pour le maintien dans l'emploi**

La loi n°2020-734 du 17 juin 2020 a créé un dispositif spécifique d'activité partielle de longue durée, dit «activité réduite pour le maintien en emploi» (dispositif «ARME»). Il est désormais couramment appelé dispositif d'activité partielle de longue durée (APLD).

Il doit permettre aux entreprises confrontées à une réduction d'activité durable de réduire l'horaire de travail en contrepartie d'engagements de maintien de l'emploi, sous réserve de la conclusion d'un accord collectif d'établissement, d'entreprise ou de groupe ou d'un accord collectif de branche étendu. Un financement de la situation d'activité partielle est, en contrepartie, partiellement assuré par l'Etat.

Le décret d'application (**Décret n°2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable**) du dispositif a été publié au Journal Officiel du jeudi 30 juillet 2020. Il est entré en vigueur à compter du 31 juillet 2020.

Le décret rappelle le principe selon lequel le bénéfice du mécanisme d'activité partielle spécifique est subordonnée à la conclusion d'un accord collectif, qu'il s'agisse d'un accord collectif de branche ou d'entreprise.

Dans un questions-réponses du 22 octobre 2020, le Ministère du travail rappelle que pour recourir à l'APLD, l'employeur peut :

- soit conclure un accord collectif d'établissement, d'entreprise ou de groupe ;
- soit, en application d'un accord de branche étendu d'APLD, établir un document conforme aux stipulations de l'accord de branche (il faut alors consulter au préalable le CSE, s'il en existe un).

Le Ministère du Travail précise que si l'entreprise est couverte par un accord de branche étendu, l'employeur n'est pas tenu d'engager des négociations en vue de signer un accord d'APLD. Il peut s'engager directement dans la voie du document unilatéral.

Aucune disposition légale ou réglementaire ne prohibe la conclusion d'un accord collectif au niveau de l'entreprise ou de l'établissement. Dans ce cas, l'accord d'entreprise ou d'établissement peut déroger à l'accord de branche.

### **B) Les salariés entrant dans le champ d'application de l'APLD**

Sont concernés tous les salariés embauchés dans le cadre de contrats de travail de droit privé (qu'il s'agisse de CDI ou de CDD).

Néanmoins, jusqu'au 23 septembre 2021, l'administration du travail considérait que n'étaient pas concernés les salariés embauchés dans le cadre de contrats saisonniers (du fait de la nature temporaire des missions leur étant confiées). Il en résultait que ces types de contrats ne bénéficiaient pas de l'APLD.

Cependant, l'ordonnance n°2021-1214 du 22 septembre 2021 portant adaptation de mesures d'urgence en matière d'activité partielle a été publié au Journal Officiel du 23 septembre et a modifié cette situation.

Cette ordonnance étend le bénéfice de l'activité partielle de longue durée (APLD) aux personnes suivantes :

- les salariés en contrats à durée déterminée au titre d'un emploi à caractère saisonnier dès lors qu'ils bénéficient d'une garantie de reconduction de leur contrat de travail (prévue par le contrat ou la convention collective) ;
- les salariés qui, à défaut d'une garantie de reconduction de leur contrat de travail, ont effectué ou sont en train d'effectuer au moins deux mêmes saisons dans la même entreprise sur deux années consécutives.

A NOTER : la situation des salariés protégés (c'est-à-dire titulaires d'un mandat de représentation du personnel ou délégués syndicaux) fait l'objet de mesures dérogatoires dans le cadre de la crise sanitaire. En principe, en application des dispositions de droit commun du travail, la mise en activité partielle ne peut pas être imposée à un salarié protégé.

Mais la crise sanitaire a conduit le gouvernement à mettre en place la mesure dérogatoire suivante : du 12 mars 2020 jusqu'à une date fixée par décret, et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2021, la mise en activité partielle s'impose aux salariés protégés (sans qu'il y ait en conséquence à recueillir leur accord), à condition qu'elle affecte, dans la même mesure, tous les salariés de l'entreprise, de l'établissement, du service ou de l'atelier auquel est affecté ou rattaché l'intéressé.

Voir l'ordonnance n°2021-1214 du 22 septembre 2021 :  
<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044087648>

### **C) Les mentions devant obligatoirement être précisées dans l'accord collectif**

En application de la loi et du décret, l'accord collectif doit comporter les mentions obligatoires suivantes :

- 1°La date de début et la durée d'application du dispositif spécifique d'activité partielle ;
- 2°Les activités et salariés auxquels s'applique ce dispositif ;
- 3°La réduction maximale de l'horaire de travail en deçà de la durée légale ;
- 4°Les engagements en matière d'emploi et de formation professionnelle ;
- 5°Les modalités d'information des organisations syndicales de salariés signataires et des institutions représentatives du personnel sur la mise en œuvre de l'accord. Cette information a lieu au moins tous les trois mois.

Les activités et secteurs concernés doivent être identifiés. Un accord ou un document ne faisant référence qu'à un pourcentage de salariés serait contraire à la réglementation.

**L'accord collectif doit comporter un préambule** présentant un diagnostic sur la situation économique et les perspectives d'activité de l'établissement, de l'entreprise, du groupe ou de la branche.

Le document unilatéral élaboré sur la base d'un accord de branche étendu doit aussi préciser le diagnostic sur la situation économique de l'établissement ou de l'entreprise et les perspectives d'activité. Le diagnostic pourra retracer les difficultés au niveau de la branche, les pertes de chiffres d'affaires des entreprises du secteur, les difficultés de trésorerie, les baisses des commandes, les menaces pesant sur l'emploi, etc.

Il peut s'appuyer notamment sur les études économiques menées au sein de la branche dans le cadre d'un diagnostic partagé avec les partenaires sociaux. Il est recommandé de prévoir des indicateurs objectivables (chiffre d'affaires, rentabilité, etc.).

L'employeur pourra échapper à l'obligation de rembourser les sommes reçues au titre de l'allocation d'activité partielle en cas de licenciement économique s'il démontre que les perspectives d'activité se sont dégradées par rapport à celles prévues dans le diagnostic d'origine.

L'accord peut comporter certaines dispositions supplémentaires facultatives :

- 1°Les conditions dans lesquelles les dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord, les mandataires sociaux et les actionnaires, dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance, fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés pendant la durée de recours au dispositif ;
- 2°Les conditions dans lesquelles les salariés prennent leurs congés payés et utilisent leur compte personnel de formation, avant ou pendant la mise en œuvre du dispositif ;
- 3°Les moyens de suivi de l'accord par les organisations syndicales.

C'est à l'accord collectif de définir les engagements en matière d'emploi. À défaut de précision dans l'accord, l'engagement porte sur l'intégralité des emplois du groupe, de l'établissement ou de l'entreprise.



En l'absence de mention contraire dans l'accord de branche, les engagements en matière d'emploi figurant dans le document unilatéral porteront sur l'intégralité des emplois de l'établissement ou de l'entreprise. Autrement dit, si l'accord de branche est silencieux, l'employeur ne peut pas restreindre le champ de ses engagements.

Ce système sera plus favorable que le système classique d'activité partielle, tant sur le plan du remboursement versé aux employeurs que sur celui de l'indemnité versée aux salariés.

Il comporte une condition supplémentaire : un salarié ne pourra pas être en activité partielle plus de 40% de son temps de travail habituel. Sur ce temps chômé, l'indemnité versée au salarié correspondra à 70% du salaire brut, soit 84% du salaire net.

L'administration souligne que rien n'empêche un employeur de négocier en même temps un dispositif d'APLD et un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE).

Néanmoins, l'administration rappelle que le remboursement des allocations d'activité partielle perçues peut être exigé si les salariés ayant bénéficié de l'APLD sont licenciés pour motif économique pendant la période d'application du dispositif (sauf cas particuliers permettant à l'administration de dispenser l'employeur de remboursement).

Si les licenciements économiques concernent des salariés qui ne sont pas en APLD, aucun remboursement ne peut être exigé, sauf si ces salariés étaient couverts par l'engagement de maintien dans l'emploi souscrit par l'employeur dans le cadre de l'APLD.

Le cas échéant, les employeurs qui souhaiteront anticiper d'éventuels licenciements économiques que la situation économique imposerait chercheront à négocier le périmètre de leur engagement

#### **D) Quelle est la réduction de l'horaire maximal de travail ?**

Dans le cadre de l'APLD, la réduction de l'horaire de travail ne peut être supérieure à 40 % de la durée légale.

Cette réduction s'apprécie par salarié concerné sur la durée d'application du dispositif prévue par l'accord collectif ou le document unilatéral. Son application peut conduire à la suspension temporaire de l'activité.

La limite de réduction de durée du travail peut être portée à 50 % au regard de la situation particulière de l'entreprise, sur décision de l'autorité administrative et dans les conditions prévues par l'accord collectif.

Il pourra être tenu compte des difficultés particulières de l'entreprise, pouvant être liées notamment à l'ampleur et à la durée prévisibles de la dégradation de ses perspectives d'activité, ou à l'impact d'éléments exogènes (fluctuation significative du coût des matières premières, liquidation judiciaire d'un client important entraînant une chute du carnet de commandes, etc.).

L'administration du travail souligne que la possibilité de réduire l'activité jusqu'à 50 % suppose la réunion de deux conditions :

- elle doit être prévue par l'accord d'entreprise ou de branche ;
- elle doit être autorisée par décision de la DIRECCTE.

En cas d'APLD par document unilatéral sur la base d'un accord de branche étendu, le document unilatéral de l'employeur ne peut prévoir une réduction d'activité à hauteur de 50 % que si l'accord de branche le permet et sous réserve de la décision de la DIRECCTE.

Voir les questions-réponses du ministère du Travail du 22 octobre 2020 :

<https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/relance-activite/faq-apld>

#### **E) Allocation de l'employeur et indemnisation des salariés se trouvant en situation d'application du dispositif d'APLD**

**Allocation versée à l'employeur** : L'employeur reçoit une allocation équivalente à 60 % de la rémunération horaire brute du salarié limitée à 28,54 € avec un minimum de 8,37 €.



Dans les entreprises fermées administrativement, l'employeur reçoit une allocation équivalente à 70 % de la rémunération horaire brute du salarié limitée à 33,30 € avec un minimum de 8,37 €.

**Rémunération du salarié** : L'employeur doit verser au salarié une indemnité correspondant à 70 % de son salaire brut par heure chômée, soit environ à 84 % du salaire net horaire.

Cette indemnité ne peut pas être inférieure à 8,37 € net, ni être supérieure à un plafond de 33,30 € par heure chômée.

#### **F) Le rôle de validation ou d'homologation de l'administration du travail**

Si le dispositif spécifique d'activité réduite est mis en place par un accord collectif d'établissement, d'entreprise ou de groupe, celui-ci doit être transmis à l'autorité administrative compétente pour validation.

**L'autorité compétente est le préfet du département où est implanté l'établissement concerné par l'accord ou le document de l'employeur. Lorsqu'il y a plusieurs établissements implantés dans plusieurs départements, il s'agit du préfet auprès duquel la demande de validation ou d'homologation est déposée.**

Si c'est en application d'un accord de branche étendu, le document conforme aux stipulations de cet accord est transmis à l'administration pour homologation. Pour les accords collectifs, l'administration doit s'assurer :

- des conditions de validité et de la régularité de la procédure de négociation ;
- de la présence dans l'accord de l'ensemble des dispositions attendues.

La procédure de validation est renouvelée en cas de conclusion d'un avenant de révision.

Pour l'homologation d'un document en application d'un accord de branche étendu, l'administration vérifie :

- la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité social et économique, lorsqu'il existe ;
- la présence de l'ensemble des dispositions attendues ;
- la conformité aux stipulations de l'accord de branche ;
- la présence d'engagements spécifiques en matière d'emploi.

L'administration notifie à l'employeur :

- pour les accords, sa décision de validation dans un délai de 15 jours à compter de la réception de l'accord ;
- pour les documents, sa décision d'homologation est dans un délai de 20 jours à compter de la réception du document.

Elle la notifie, dans les mêmes délais, au comité social et économique lorsqu'il existe et, si elle porte sur un accord collectif, aux organisations syndicales représentatives signataires lorsqu'elles existent.

Son silence vaut décision d'acceptation de validation ou d'homologation.

#### **G) Durée maximale de recours à l'APLD**

Le décret n°2022-508 du 8 avril 2022, qui a été publié au Journal Officiel du 9 avril 2022, prévoit que l'employeur couvert par un accord ou un document unilatéral d'APLD (existant ou à venir) peut désormais mobiliser le dispositif pendant une durée de 36 mois (contre 24 mois antérieurement), consécutifs ou non, sur une période de référence de 48 mois consécutifs (contre 36 mois antérieurement).

**ATTENTION** : il faut rappeler que l'accord collectif ou le document unilatéral doit prévoir la durée de recours au dispositif. Dès lors, a priori, un avenant à l'accord collectif ou une modification du document unilatéral est nécessaire pour intégrer cette prolongation du dispositif.

#### **Exemples issus des questions-réponses du Ministère du Travail :**

1) Pour une entreprise appliquant un accord collectif ou un document unilatéral pris en application d'un accord de branche prévoyant un recours au dispositif, sur une durée totale de 24 mois, l'entreprise peut, par exemple :

- recourir à l'APLD durant 12 mois ;
- puis revenir à une activité normale durant 6 mois, sans recourir à l'APLD ;
- puis recourir de nouveau à l'APLD durant 12 mois.

2) Pour une entreprise appliquant un accord collectif ou un document unilatéral pris en application d'un accord de branche prévoyant un recours au dispositif, sur une durée totale de 36 mois, l'entreprise peut, par exemple :

- recourir à l'APLD durant 18 mois ;
- puis revenir à une activité normale durant 6 mois, sans recourir à l'APLD ;
- puis recourir de nouveau à l'APLD durant 18 mois.

#### **H) Période jusqu'au terme de laquelle l'APLD peut être mise en œuvre**

L'ordonnance n°2022-543 du 13 avril 2022, publiée au Journal Officiel du 14 avril 2022, ouvre la possibilité aux employeurs qui souhaitent recourir à l'APLD de disposer d'un délai de 6 mois supplémentaire, soit jusqu'au 31 décembre 2022 (au lieu du 30 juin 2022), pour transmettre à l'administration un accord d'APLD ou un document unilatéral d'application d'un accord de branche étendu d'APLD, en vue de sa validation ou de son homologation.

#### **I) La faculté d'adaptation des accords collectifs ou documents unilatéraux pendant toute leur durée**

L'ordonnance ouvre également aux employeurs la possibilité d'adapter les termes d'un accord ou d'un document unilatéral d'APLD pendant toute sa durée, y compris au-delà du 31 décembre 2022.

Ainsi, les avenants de révision des accords collectifs et des documents adaptant les documents unilatéraux pourront être transmis à l'autorité administrative après le 31 décembre 2022 pour validation ou homologation.

Les employeurs peuvent ainsi prendre en compte l'évolution de la situation économique de l'entreprise durant toute la durée de l'accord ou du document unilatéral d'APLD.

-les employeurs ayant déjà mis en place des dispositifs d'APLD devront les adapter s'ils souhaitent bénéficier de cette prolongation, puisque l'accord ou le document unilatéral doit prévoir la durée de recours au dispositif.

#### **J) Les entreprises ayant déjà conclu un accord d'APLD peuvent-elles bénéficier des nouvelles modalités ?**

Le Ministère du Travail a apporté des précisions dans son questions-réponses du 14 avril 2022. Voir le questions-réponses du Ministère du Travail :

<https://travail-emploi.gouv.fr/emploi-et-insertion/accompagnement-des-mutations-economiques/activite-partielle-chomage-partiel/faq-apld#duree>

L'accord collectif ou le document unilatéral mettant en place l'APLD doit prévoir la durée de recours au dispositif.

Par conséquent, pour les branches et entreprises déjà couvertes par un accord ou un document unilatéral d'APLD, le bénéfice des prolongations nécessitera, dans certains cas, la conclusion d'un avenant à l'accord collectif et/ou la modification du document unilatéral.

Le Ministère du Travail distingue plusieurs situations :

#### **Cas de mise en place de l'APLD par un accord d'établissement, d'entreprise ou de groupe :**

Si l'accord initial prévoit expressément la mobilisation du dispositif dans la limite de 24 mois, consécutifs ou non, sur une période de référence de 36 mois consécutifs, l'entreprise qui souhaite bénéficier de la prolongation de l'APLD doit négocier et conclure un avenant à son accord initial afin d'y substituer la nouvelle durée (36 mois, consécutifs ou non, sur une période de 48 mois consécutifs).

Cet avenant doit être déposé pour validation par l'administration.

### **Cas de mise en place de l'APLD par un document unilatéral d'application d'un accord de branche étendu :**

Pour bénéficier de la prolongation de l'APLD, la branche doit négocier un avenant à son accord initial dès lors que l'accord de branche étendu fait expressément mention :

- de la date limite de transmission des accords collectifs et documents unilatéraux pour validation ou homologation à l'autorité administrative le 30 juin 2022 ;
- et/ou de la mobilisation du dispositif dans la limite de 24 mois, consécutifs ou non, sur une période de référence de 36 mois consécutifs.

Cet avenant à l'accord de branche doit prévoir expressément les nouvelles modalités de mobilisation de l'APLD (bénéfice de l'APLD dans la limite de 36 mois, consécutifs ou non, sur une période de référence de 48 mois consécutifs et/ou date limite de transmission à l'autorité administrative pour homologation des documents unilatéraux au plus tard le 31 décembre 2022).

L'avenant, s'il est signé, devra en outre faire l'objet d'un arrêté d'extension par la DGT.

Ce n'est qu'après extension de cet avenant que les entreprises déjà couvertes par un document unilatéral pourront procéder à sa modification afin d'y prévoir les nouvelles durées de bénéfice du dispositif. Les entreprises devront alors solliciter l'homologation de cette modification du document unilatéral par les services de l'État.

A NOTER : l'accord de branche étendu du 1<sup>er</sup> mars 2021 existant en transports routiers de marchandises et logistique (non-signé par la FNTR ni par l'OTRE, mais par la seule TLF), prévoit en son article 2 une référence explicite à la date limite de transmission des accords collectifs et documents unilatéraux. Pour que les entreprises désireuses de passer par la voie de l'accord de branche puissent l'utiliser, il faudra qu'un avenant à l'accord de branche soit conclu. A défaut, seule la voie de l'accord d'entreprise leur sera ouverte pour pouvoir valablement recourir à l'APLD.

**Voir l'ordonnance n°2022-543 du 13 avril 2022 :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045570861>

**Voir le décret n°2022-508 du 8 avril 2022 :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045536466>

**Voir le décret du 28 juillet 2020 :**

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=42A89E0B4596CEB59BA1A244425BDCA7.tplgfr38s\\_1?cidTexte=JORFTEXT000042169955&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id&idJO=JORFCONT000042169362](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=42A89E0B4596CEB59BA1A244425BDCA7.tplgfr38s_1?cidTexte=JORFTEXT000042169955&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id&idJO=JORFCONT000042169362)

### **57/ Quel est le régime juridique de l'indemnisation de l'activité partielle ?**

Pour tenir compte de la hausse du SMIC au 1er mai 2022, un décret du 25 avril 2022 fixe de nouveaux taux minima pour les allocations remboursées aux employeurs dans le cadre de l'activité partielle et de l'APLD. Ces nouveaux taux s'appliquent aux heures chômées à compter du 1er mai 2022.

#### **A) L'activité partielle de droit commun**

Depuis le 1er avril 2022, les employeurs et les salariés peuvent uniquement bénéficier du régime d'activité partielle de droit commun.

Dans ce cadre, le taux horaire de l'allocation d'activité partielle remboursée aux entreprises est de 36 % de la rémunération horaire brute de référence retenue dans la limite de 4,5 SMIC.

Pour les heures chômées à compter du 1er mai 2022, le décret n°2022-654 du 25 avril 2022 relève le taux horaire minimal de l'allocation «employeur» de 7,53 € à 7,73 €.

Pour rappel, dans le cadre de l'activité partielle de droit commun, l'indemnité du salarié se calcule au taux de 60 %.

### **B) L'activité partielle «garde d'enfant» ou «personnes vulnérables» et activité partielle de longue durée (APLD)**

Au titre des heures chômées à compter du 1er mai 2022, le taux plancher horaire de l'allocation remboursée à l'employeur passe de 8,37 à 8,59 € dans deux situations :

-l'activité partielle «garde d'enfant» ou «personnes vulnérables» (dans ce dispositif, l'indemnité du salarié et l'allocation de l'employeur demeurent toutes deux calculées au taux de 70%) ;

-l'activité partielle de longue durée-APLD- (dans ce dispositif, l'allocation de l'employeur est calculée au taux de 60 % et l'indemnité du salarié au taux de 70%).

A NOTER : en l'état des textes, l'activité partielle «garde d'enfant» ou «personnes vulnérables» est applicable jusqu'à une date fixée par décret et au plus tard le 31 juillet 2022.

La règle de la rémunération mensuelle minimale engendre, hors cas des salariés payés en pourcentage du SMIC (ex. : certains apprentis et contrats de professionnalisation), l'obligation pour les employeurs de verser aux salariés en activité partielle ou en APLD une indemnité minimale égale au SMIC net, soit environ 8,59 € par heure indemnisable au 1er mai 2022 (à Mayotte, 7,46 €).

**Voir le Décret n°2022-654 du 25 avril 2022 portant modification du taux horaire minimum de l'allocation d'activité partielle et de l'allocation d'activité partielle spécifique en cas de réduction d'activité durable :**

[https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045653593?](https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045653593?datePublication=+&dateSignature=&init=true&page=1&query=mariage&searchField=ALL&tab_selection=jorf)

[datePublication=+&dateSignature=&init=true&page=1&query=mariage&searchField=ALL&tab\\_selection=jorf](https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045653593?datePublication=+&dateSignature=&init=true&page=1&query=mariage&searchField=ALL&tab_selection=jorf)

### **58/ Existe-t-il une prise en compte des spécificités des transports routiers en matière d'activité partielle ?**

Oui, dans une certaine mesure. Les transports routiers connaissent une structuration caractérisée par l'inadaptation du mécanisme général d'activité partielle (qui procède à une indemnisation sur la base de durée légale du travail, qui n'est pas celle des transports routiers).

Il faut cependant rappeler que le dispositif d'activité partielle constitue un régime applicable à tout secteur d'activité et que les pouvoirs publics n'entendent pas créer des règles dérogatoires sectorielles sur ce sujet. Des adaptations sont néanmoins possibles.

Dans un courrier du 22 mars 2020 adressé aux organisations professionnelles des transports routiers (FNTR, TLF et OTRE), le Ministère des Transports et le Ministère du Travail ont apporté une double précision à ce sujet.

-les services de l'Etat ont en premier lieu indiqué que la prise en charge par l'Etat des heures non travaillées ne serait pas réalisée sur une base forfaitaire mais proportionnelle à la rémunération versée au salarié ;

-les services de l'Etat ont précisé que les heures d'équivalence seraient prises en considération : ainsi toutes les heures de travail réalisées en application de ce régime au-delà de la durée légale du travail seront indemnisées dans les mêmes conditions.

L'ordonnance n°2020-346 du 27 mars 2020 est venue confirmer, en son article 1, qu'il sera tenu compte des heures d'équivalence rémunérées pour le calcul de l'indemnité et de l'allocation d'activité partielle.

### **59/ Quelles sont les précisions générales (sans spécificité sectorielle) apportées par l'administration du travail sur les modalités de mise en œuvre de l'activité partielle ?**

Le Ministère du Travail actualise régulièrement un questions-réponses relative à l'activité partielle.

Parmi les précisions apportées, l'administration :

-indique qu'il faut prendre en compte la rémunération des heures supplémentaires structurelles dans le calcul du taux horaire de référence ;

-apporte des précisions sur les modalités du décompte à partir d'exemples qui sont les suivants :

*Exemple 4 : Un salarié est placé en activité partielle à compter du 17 mars 2020 pour fermeture totale. Il dispose d'une convention de forfait mensuel en heures (ou d'une durée d'équivalence décomptée au mois)*

de 169 heures pour un salaire forfaitaire de 3467 euros (...). Etape 1 : déterminer le nombre d'heures indemnisables. Le salarié a travaillé 77 heures sur le mois de mars. Le nombre d'heures à indemniser sera donc de (169 - 77 heures travaillées) = 92 heures.

*Exemple 4 bis : Un salarié est placé en activité partielle à compter du 17 mars 2020 pour fermeture totale. Il dispose d'une convention de forfait hebdomadaire en heures (ou d'une durée collective conventionnelle hebdomadaire ou d'une durée d'équivalence décomptée à la semaine) de 39 heures pour un salaire forfaitaire de 3476 euros (...). Etape 1 : déterminer le nombre d'heures indemnisables. En mars, le salarié a travaillé 2 semaines à 39 heures, une semaine à 8 heures et une autre semaine chômée. Le nombre d'heures à indemniser sera donc de 31 (39- 8) + 39 =70 heures.*

Ces illustrations sont liées au fait qu'une ordonnance du 22 avril 2020 a, à titre dérogatoire, rendu indemnisables les heures supplémentaires structurelles (dans le volume d'heures prévu par une convention individuelle de forfait écrite ou résultant d'une durée collective de travail supérieure à la durée légale en application d'une convention ou d'un accord collectif).

La mise à jour la plus récente date du 3 mars 2021. Elle consiste essentiellement en la reprise des principes mentionnés dans deux décrets du 26 février 2021 ayant été publiés au Journal Officiel du 27 février.

Ces deux textes prévoient un statu quo en matière d'indemnisation des salariés placés en activité partielle (au titre de la législation ou de l'APLD en application de dispositions conventionnelles spécifiques- ainsi qu'en matière d'allocation versée aux employeurs) jusqu'au 31 mars inclus.

L'administration précise sur son site qu'à compter du 1er avril 2021 (et non plus du 1er mars), les salariés percevront une indemnité de 72 % (au lieu de 84 %) du salaire net avec un plancher calculé sur la base de 8,11 €par heure, dans la limite de 4,5 fois le Smic. Les salariés des entreprises relevant de secteurs les plus touchés par la crise continueront également de percevoir une indemnité égale à84 % du salaire net jusqu'au 31 mars 2021. Ceux des entreprises fermées administrativement percevront toujours une indemnité égale à 84 % du salaire net mais jusqu'au 30 juin 2021.

Au titre des nouveautés que l'on peut observer, la loi de finances pour 2021 a créé de nouvelles obligations pour les employeurs en contrepartie du versement par l'État des allocations au titre de l'activité partielle de longue durée. Elles ne concernent que les entreprises privées de plus de 50 salariés ayant bénéficié de l'APLD au titre de l'année 2021.

Les nouvelles de l'employeur sont les suivantes :

- établir un bilan simplifié de leurs émissions de gaz à effet de serre ;
- publier le résultat obtenu à chacun des indicateurs composant l'index de l'égalité professionnelle sur le site du ministère du Travail ;
- communiquer au Comité social et économique (CSE) le montant, la nature, et l'utilisation des aides dont elles bénéficient au titre des crédits de la mission «Plan de relance», dans le cadre de la consultation annuelle sur les orientation stratégiques de l'entreprise

Pour autant, l'administration prend le soin de préciser sur son site que la méconnaissance de ces dispositions n'emportera pas de conséquence sur la validité de l'accord d'entreprise ou du document unilatéral d'homologation établi par l'employeur, pas plus qu'elle n'entraînera de demande administrative de remboursement des allocations ou de suspension du versement des allocations.

Liens utiles issus des éléments fournis par le Ministère du Travail :

### **60/ Quelles sont les précisions apportées par la DGEFP concernant les particularités du décompte des heures de travail au titre de l'activité partielle dans les activités des transports routiers ?**

Dans un courriel du 1er mai 2020, la Délégation Générale à l'Emploi et à la Formation Professionnelle (DGEFP) a confirmé les points suivants aux organisations patronales de la branche des transports routiers et activités auxiliaires du transport :

- Sont décomptées et déclarées au mois les heures non travaillées au titre d'une convention de forfait mensuelle en heures en déduisant du volume prévu par le forfait, les heures travaillées dans le mois ;
- Sont décomptées et déclarées à la semaine les heures non travaillées au titre d'une convention de forfait hebdomadaire en heures ou les heures non travaillées des salariés ne relevant pas d'une convention de forfait, dans la limite de la durée légale ou de la durée d'équivalence ou de la durée collective de travail résultant de dispositions conventionnelles conclues avant le 22 avril 2020, en déduisant les heures travaillées sur chaque semaine du mois.

**Ce positionnement de la DGEFP a été transmis aux différentes DREETS (ex-DIRECCTE) et vaut donc instruction de la DGEFP (ce qui signifie que les DIRECCTE sont tenues d'appliquer cette doctrine administrative de manière uniforme).**

A NOTER : concernant le calcul des indemnités et allocations portant sur les heures d'équivalence et heures supplémentaires structurelles indemnissables, Le principe veut que seules les heures perdues en deçà de la durée légale du travail, ou de la durée collective ou contractuelle inférieure, soient indemnissables au titre du chômage partiel. Dès lors, les heures supplémentaires ne sont, en principe, pas indemnissables au titre de l'activité partielle. Il en va de même pour les heures d'équivalence effectuées au-delà de la durée du travail dans certains secteurs.

Mais dans le contexte de la crise sanitaire, le gouvernement a décidé de déroger à ces principes dans une certaine mesure : du 12 mars 2020 jusqu'à une date fixée par décret et au plus tard le 31 décembre 2020, les heures d'équivalence rémunérées sont, par exception, indemnissables.

Sur la même période, sont également indemnissables les heures supplémentaires structurelles comprises dans le volume :

-de conventions individuelles de forfait établies sur la semaine, le mois ou l'année conclues avant le 24 avril 2020) ;

-ou de durées collectives de travail supérieures à la durée légale prévues par des conventions ou accords collectifs de travail (branche, entreprise...) conclus avant le 24 avril 2020.

Pour ces situations, le décret du 26 juin 2020 précise la règle de calcul à retenir en vue de déterminer la rémunération horaire de référence servant à déterminer le montant des indemnités et des allocations d'activité partielle :

-par dérogation, il convient de tenir compte dans le salaire de référence, selon le contexte, de la rémunération des heures d'équivalence ou des heures supplémentaires structurelles indemnissables ;

-le salaire de référence doit être ensuite rapporté à la durée d'équivalence ou, en cas d'heures supplémentaires structurelles, à la durée conventionnelle ou à la durée stipulée dans la convention individuelle de forfait en heures.

### **61/ Une entreprise de transport routier dont certains conducteurs sont placés en activité partielle peut-elle valablement recruter un jeune dans le cadre d'un contrat d'apprentissage et qui ne débuteraient l'exercice réel de l'activité qu'avec plusieurs mois d'écart ?**

Plusieurs entreprises, ayant dû placer des conducteurs en activité partielle, et souhaitant cependant pouvoir recruter dès à présent de jeunes conducteurs en contrats d'apprentissage, dans le cadre du plan gouvernemental «*Un jeune, une solution*» se sont interrogées sur la validité juridique d'une telle démarche.

Concrètement, une situation concernée était celle dans laquelle les premiers mois (par exemple les 6 premiers mois) seraient consacrés à la formation du jeune pour obtenir les permis (dans le cas de l'apprenti conducteur routier, durant cette période, il se trouve totalement en formation puisque, en l'absence de permis, il ne peut naturellement pas exercer une prestation de conduite).

En conséquence, les jeunes concernés commenceraient à travailler comme conducteur routier 6 mois plus tard.

Pour les entreprises de transports routiers menant une réflexion de cet ordre, il s'agissait d'une d'une façon de prévoir l'avenir et de répondre aux sollicitations du gouvernement en faveur des jeunes.

Dans un courriel du 16 mars 2021, la DGEFP a apporté la réponse suivante : **Selon la réglementation, les apprentis ne doivent pas être recrutés pour remplacer des salariés (quel que soit le motif d'absence). Dans le cas exposé précédemment, l'opérationnalité des apprentis serait à l'horizon 6 mois et à ce stade, il n'est pas possible de présumer que les salariés de l'entreprise seront encore en activité partielle à l'issue de la formation des apprentis. En ce sens, le recrutement d'apprentis ne remet pas en question les demandes d'activité partielle.**

**D'une manière générale, la DGEFP encourage le recrutement des apprentis pour préparer la reprise.**



## **62/ Une entreprise exerçant des activités de prestations logistiques, confrontée à certains cas de contamination de salariés au covid-19, peut-elle valablement anticiper ce type d'absence en recourant à du personnel intérimaire au motif de «formation pour anticipation d'éventuels cas positif ou contact», sans remettre en question son dossier d'activité partielle ?**

Le recours à l'intérim fait partie de vigilance particulière des services de l'administration du travail. La réponse de la DDGEFP, dans le même courriel du 16 mars 2021, a été la suivante :

**Si l'entreprise n'est pas couverte par une autorisation de placement en activité partielle de ses salariés, elle peut recruter un salarié intérimaire dès lors que le recrutement s'effectue sur l'un des motifs visés à l'article L. 1251-6 du code du travail.**

**Dans cette configuration, si le recrutement du salarié intérimaire intervient avant une demande d'activité partielle, celle-ci ne pourra pas être remise en cause.**

**En revanche, si l'entreprise dispose d'une autorisation, même non consommée, et recrute un salarié intérimaire pendant cette même période sur le périmètre de salariés couvert par la demande d'autorisation, la demande pourrait être remise en cause par l'inspection du travail.**

**Il convient d'insister sur le fait que la charge de la preuve du bienfondé du recrutement d'un salarié intérimaire porte sur l'entreprise utilisatrice.**

## **63/ Quel est le contrôle exercé par les pouvoirs publics sur l'utilisation de l'activité partielle par les entreprises ?**

Les pouvoirs publics ont décidé de contrôler l'utilisation du dispositif d'activité partielle par les entreprises, compte tenu de son utilisation massive. L'Etat a transmis aux préfets et aux DIRECCTE une instruction du 5 mai 2020 comportant son plan de contrôle.

Dans une autre instruction du 14 mai 2020, la DGEFP et la DGT détaillent le plan de contrôle de l'activité partielle lancé par le Ministère du Travail.

L'objectif essentiel de ce plan de contrôle du Ministère du Travail est de lutter contre les fraudes au dispositif d'activité partielle.

Le Ministère du Travail vise particulièrement les entreprises qui ont placé des salariés en activité partielle tout en leur demandant de continuer à travailler (notamment à télétravailler) pendant les heures durant lesquelles ces salariés étaient censés être en activité partielle.

L'instruction du 14 mai 2020 de la DGT et de la DGEFP précise les modalités de mise en œuvre du plan de contrôle de l'activité partielle que le ministère du Travail a décidé de lancer.

Elle répertorie notamment certaines fraudes qui auraient pu être commises par les entreprises et donne ainsi une liste (non-exhaustive sans doute) des points de vigilance qui doivent guider les contrôles :

**-Salarié fictif** : l'employeur déclare en activité partielle un salarié fictif, ou embauche un salarié et le place immédiatement en activité partielle avec un salaire important et rompt le contrat avant la fin de la période d'essai.

**-Travail dissimulé** : le salarié a continué de travailler pendant ses heures de chômage partiel, notamment en télétravail.

**-Cumul congés (ou arrêt maladie) et activité partielle** : le salarié est en congé ou en arrêt maladie et perçoit ses indemnités pendant la période d'activité partielle.

**-Recours à la sous-traitance ou à l'intérim** : mise en activité partielle des salariés et utilisation de la sous-traitance ou de l'intérim ou de la prestation de services internationale pour prendre temporairement en charge l'activité normalement réalisée par les salariés.



**-Nombre d'heures d'activité partielle déclaré** : l'employeur déclare plus d'heures en activité partielle que les heures effectivement chômées, y compris le cas des salariés au forfait avec risque de gonflement des heures.

**-Gonflement des salaires** : l'employeur déclare des taux horaires supérieurs au réel.

**-Production de faux** : contrôle de la réalité de l'allocation reversée aux salariés par l'employeur.

Le plan de contrôle prévoit trois types de vérifications et contrôles :

-la **détection** et le **croisement** de données administratives via les contrôles embarqués dans les systèmes d'information et la possibilité à terme de croiser avec d'autres systèmes d'information ou bases de données nationales ;

-un **contrôle sur pièces**, permettant de faire un examen du dossier et des documents nécessaires aux investigations (bulletins de paie, avis du CSE, entre autres...) ;

-un **contrôle sur place**, permettant de réaliser un contrôle approfondi d'une situation voire d'interroger directement le chef d'entreprise, des représentants du personnel et des salariés, par exemple en cas de suspicion marquée de fraudes ou de signalements.

En cas de fraude à l'activité partielle, les entreprises concernées encourent les sanctions du travail illégal.

En conséquence, elles peuvent subir la sanction administrative consistant en l'exclusion, pour une durée maximale de 5 ans, de l'accès à certaines aides publiques en matière d'emploi et de formation professionnelle (dont l'aide demandée au titre de l'activité partielle), ainsi qu'au remboursement des aides accordées dans les 12 mois précédant l'établissement du procès-verbal constatant la fraude (articles 8272-1 et D8272-1 du Code du travail).

Sur le plan pénal, les personnes physiques ayant utilisé une fausse déclaration ou une déclaration incomplète en vue d'obtenir d'une personne publique une allocation, une prestation, un paiement ou un avantage indu sont passibles d'une sanction pénale de 2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

S'agissant des personnes morales, la sanction réside dans la mise en place d'une peine d'amende dont le taux maximum est et égal au quintuple de celui prévu pour la personne physique.

Les pouvoirs publics ont cependant créé un droit à l'erreur susceptible d'être appliqué. Il est prévu de permettre aux entreprises de régulariser des demandes d'indemnisation qui auraient été mal renseignées et ce en application du principe du droit à l'erreur (article L121-3 du Code des Relations entre le Public et l'Administration).

#### **64/ L'administration peut-elle décider de revenir a posteriori sur l'autorisation d'activité partielle donnée à une entreprise ?**

Oui. L'instruction de la DGEFP et de la DGT du 14 mai 2020 prévoit qu'un contrôle a posteriori des autorisations d'activité partielle sera également mené et que la DIRECCTE pourra être amenée à revenir sur son autorisation si elle a été accordée par erreur ou après un examen sommaire (du fait de l'afflux des demandes et de la validation automatique au bout de 48 h).

Ce retrait ne sera toutefois envisageable que si la décision initiale d'autorisation était illégale (ex. : autorisation accordée à une structure non éligible à l'activité partielle) et doit intervenir dans les 4 mois suivant la décision d'autorisation.

Le retrait impliquera le remboursement par l'employeur des sommes déjà perçues sur le fondement de cette autorisation.

#### **65/ L'administration peut-elle exiger un remboursement des «trop-perçus» d'indemnisation d'activité partielle par les employeurs ?**

Oui. Le décret du 26 juin 2020 précise les conditions dans lesquelles le remboursement des sommes versées au titre de l'allocation d'activité partielle peut être demandé à l'employeur.

L'administration peut demander à l'employeur de rembourser à l'agence de services et de paiement (ASP) les sommes perçues au titre de l'allocation d'activité partielle, dans un délai qui ne peut pas être inférieur à 30 jours, en cas de :

- trop-perçu au titre des sommes versées dans le cadre de l'activité partielle (nouvelle précision) ;
- non-respect, sans motif légitime, des engagements souscrits par l'employeur mentionnés dans la décision d'autorisation (inchangé).

Sans changement, le remboursement peut ne pas être exigé s'il est incompatible avec la situation économique et financière de l'entreprise.

## **66/ Comment s'effectue l'articulation entre le mécanisme d'activité partielle et le régime des arrêts maladie ?**

Depuis le 1er mai 2020, les salariés vulnérables, susceptibles de développer une forme grave de Covid-19 qui sont dans l'impossibilité de télétravailler peuvent être placés en activité partielle. À ce titre, ils bénéficient de l'indemnité d'activité partielle versée par leur employeur.

Des critères de vulnérabilité ont été publiés par les pouvoirs publics dans un décret du 10 novembre 2020. Ils sont les suivants :

- Être âgé de 65 ans et plus ;
- Avoir des antécédents (ATCD) cardio-vasculaires : hypertension artérielle compliquée (avec complications cardiaques, rénales et vasculo-cérébrales), ATCD d'accident vasculaire cérébral ou de coronaropathie, de chirurgie cardiaque, insuffisance cardiaque stade NYHA III ou IV ;
- Avoir un diabète non équilibré ou présentant des complications ;
- Présenter une pathologie chronique respiratoire susceptible de décompenser lors d'une infection virale : (broncho-pneumopathie obstructive, asthme sévère, fibrose pulmonaire, syndrome d'apnées du sommeil, mucoviscidose notamment) ;
- Présenter une insuffisance rénale chronique dialysée ;
- Être atteint de cancer évolutif sous traitement (hors hormonothérapie) ;
- Présenter une obésité (indice de masse corporelle (IMC) > 30 kg/m<sup>2</sup>) ;
- Être atteint d'une immunodépression congénitale ou acquise :
  - médicamenteuse : chimiothérapie anticancéreuse, traitement immunosuppresseur, biothérapie et/ou corticothérapie à dose immunosuppressive ;
  - infection à VIH non contrôlée ou avec des CD4 < 200/mm<sup>3</sup> ;
  - consécutive à une greffe d'organe solide ou de cellules souches hématopoïétiques ;
  - liée à une hémopathie maligne en cours de traitement ;
- Être atteint de cirrhose au stade B du score de Child Pugh au moins ;
- Présenter un syndrome drépanocytaire majeur ou ayant un antécédent de splénectomie ;
- Être au troisième trimestre de la grossesse ;
- Être atteint d'une maladie du motoneurone, d'une myasthénie grave, de sclérose en plaques, de la maladie de Parkinson, de paralysie cérébrale, de quadriplégie ou hémiplégié, d'une tumeur maligne primitive cérébrale, d'une maladie cérébelleuse progressive ou d'une maladie rare.

## **67/ Quelles sont les orientations du Ministère du Travail concernant l'articulation entre l'activité partielle et la garde d'enfants ?**

Il existe en la matière une « doctrine » du Ministère du Travail, laquelle a été actualisée dans le cadre de la mise à jour, survenue le 22 février 2022, du questions-réponses du Ministère du Travail sur l'activité partielle.

**Rappel des conditions du bénéfice du mécanisme** : Aux termes des dispositions de la loi du 25 avril 2020, les salariés parents d'un enfant de moins de 16 ans ou d'une personne en situation de handicap faisant l'objet d'une mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile et qui sont dans l'impossibilité de travailler doivent être placés en activité partielle.

Dans cette hypothèse, l'indemnité du salarié et l'allocation remboursée à l'employeur sont égales à 70 % de la rémunération horaire de référence retenue dans la limite de 4,5 SMIC, avec hors cas particuliers.

Un seul des deux parents peut bénéficier de l'activité partielle « garde d'enfant ».

**Situations permettant le bénéfice de l'activité partielle** : Les salariés dans l'impossibilité de (télé)travailler en raison des nécessités de garde d'un enfant sont éligibles à l'activité partielle « garde d'enfant » dans les situations suivantes :

-en cas de fermeture pour raison sanitaire de la section, de la classe ou de l'établissement d'accueil de leur enfant ;

-en l'absence de mesure de fermeture, lorsque l'enfant est cas contact et soumis à une mesure d'isolement du fait d'une immunodépression grave (et non plus tout enfant cas contact) ;

-contrainte de garde d'un enfant accueilli chez un assistant maternel à domicile positif au covid-19 ou cas contact intrafamilial [personne positive au covid -19 au sein du foyer de l'assistant(e) maternel(le)].

**Cas dans lesquels l'activité partielle pour «garde d'enfant» n'est pas applicable** : Le dispositif n'est pas applicable dans les cas suivants :

-la fermeture de la section, de la classe ou de l'établissement d'accueil de l'enfant qui n'est pas liée à une raison sanitaire, y compris dans l'hypothèse où le brassage entre les classes serait interdit ;

-l'enfant cas contact est soumis à une mesure d'isolement en raison du refus des parents de le faire tester ;

-l'enfant cas contact est soumis à une mesure d'isolement du fait de son statut vaccinal incomplet ;

-l'enfant est accueilli chez un assistant maternel à domicile «cas contact» (hors cas contact intrafamilial).

**Liste des justificatifs à fournir** : Dès lors que le salarié répond aux conditions requises, l'employeur ne peut pas refuser de placer le salarié en activité partielle. Toutefois, le salarié doit présenter un justificatif pour pouvoir bénéficier du dispositif.

La liste des justificatifs a été mise à jour par le ministère du Travail le 22 février 2022.

Ainsi, pour pouvoir bénéficier de l'activité partielle, le salarié doit remettre à son employeur l'un des justificatifs suivants :

-en cas de fermeture pour raison sanitaire de la section, de la classe ou de l'établissement d'accueil de l'enfant, le document justificatif transmis par l'établissement scolaire ou d'accueil lui notifiant la fermeture pour raison sanitaire ;

-lorsque l'enfant est cas contact immunodéprimé, le document justificatif de l'établissement d'accueil de l'enfant ou de l'assurance maladie attestant que l'enfant est identifié comme cas contact et, le cas échéant, une attestation sur l'honneur du parent justifiant l'isolement de son enfant car atteint d'une immunodépression grave ;

-lorsque l'enfant est accueilli chez un assistant maternel à domicile positif au covid-19 ou cas contact intrafamilial, le document justificatif produit par la CPAM attestant que l'assistant maternel ou un membre de son foyer est positif au covid 19.

Le salarié, comme c'était déjà le cas, doit également remettre à son employeur une attestation sur l'honneur indiquant qu'il est le seul des deux parents demandant à bénéficier d'un placement en activité partielle au titre de la garde de son enfant contraint de demeurer à domicile pour les jours concernés.

**[Voir les Questions-réponses «Activité partielle – chômage partiel», version du 22 février 2022](#)** :

<https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/questions-reponses-par-theme/faq-chomage-partiel-activite-partielle#enfants-vulnérable>

## **68/ L'employeur dispose-t-il de leviers d'actions sur les congés-payés et les jours de repos et de RTT pour faire face à l'épidémie de coronavirus ?**

Oui. Des mesures dérogatoires ont été adoptées par les pouvoirs publics dès le début de la crise sanitaire en la matière.

### **A) La faculté pour l'employeur d'imposer au salarié la prise de congés payés**

L'employeur peut imposer au salarié de poser ses congés payés pendant la crise sanitaire. L'ordonnance du 25 mars 2020 prévoyait cette possibilité jusqu'au 31 décembre 2020, si l'intérêt de l'entreprise le justifie au regard des difficultés économiques liées au covid-19.

L'ordonnance du 16 décembre 2020 a repoussé la date limite au 30 juin 2021. Mais la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire du 31 mai 2021 a une nouvelle fois prolongé cette mesure, applicable jusqu'au 30 septembre 2021.

Un employeur peut imposer ou modifier les dates de prise des congés payés (CP), dans la limite de 8 jours

(contre 6 précédemment) ouvrables (5 jours ouvrés), en dérogeant au délai de prévenance et aux modalités de prise de ces congés.

L'employeur peut imposer au salarié de prendre 8 jours de congés payés d'ici le 30 septembre 2021. Il peut également modifier les dates de prise par le salarié d'une partie de ses congés, sans respecter le délai de prévenance d'1 mois (ou délai prévu par accord), dans la limite de 8 jours reportés.

**IMPORTANT : cette possibilité doit être soumise à négociation et donner lieu à un accord d'entreprise ou un accord de branche. Sans accord, l'employeur ne sera pas autorisé à imposer ou modifier les dates de congés de la sorte.**

L'accord doit prévoir le délai qui sera accordé à l'employeur pour prévenir le salarié de la pose ou de la modification unilatérale de ses congés, sans pouvoir aller en dessous d'1 jour franc.

L'accord peut également permettre à l'employeur de fractionner les congés du salarié sans avoir à obtenir son accord préalable. Il peut également permettre à l'employeur de fixer des dates de congés sans accorder un congé identique pour les salariés mariés ou pacsés, tous deux salariés de l'entreprise.

### **B) La faculté pour l'employeur d'imposer la prise d'autres repos**

L'ordonnance du 25 mars 2020 Le Gouvernement a aussi décidé d'autoriser les employeurs à imposer ou modifier de façon unilatérale les dates de certains congés et ce, sans avoir à négocier d'accord collectif au préalable. Ceci concerne :

- les RTT ;
- les jours de repos prévus par les conventions de forfait ;
- les jours de repos présents sur le compte épargne temps.

Le législateur a imposé aux employeurs plusieurs conditions à respecter :

- l'intérêt de l'entreprise doit le justifier eu égard aux difficultés économiques liées à la propagation du covid-19 ;
- un délai de prévenance d'au moins un jour franc doit être respecté ;
- le nombre total de jours de repos dont l'employeur peut imposer au salarié ou dont il peut modifier la date ne peut être supérieur à 10.

Ces dispositions ne permettent pas à l'employeur d'imposer au salarié la prise de congés sans solde.

L'application de ces dispositions a également été prolongée par la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire du 31 mai 2021 : la date butoir d'application est fixée au 30 septembre 2021.

Ceci étant, un contentieux a vu le jour sur le sujet : force est de constater que la jurisprudence est très vigilante sur le sujet. Par une note de service, une entreprise avait imposé, lors du premier confinement, à ses salariés à domicile dont l'activité principale ne pouvait pas être exercée en télétravail de manière prolongée, de prendre 10 jours de RTT (ainsi que pour les salariés ne disposant pas de jours de RTT ou insuffisamment, la prise de jours épargnés sur leur compte épargne-temps).

Une organisation syndicale a contesté cette mesure et a saisi le juge des référés, estimant qu'un trouble manifestement illicite était caractérisé, faute de difficultés économiques justifiant la décision de l'entreprise.

L'entreprise arguait d'une double réponse :

- elle devait adapter son organisation pour répondre à une augmentation inattendue de l'absentéisme d'une partie de ses salariés (qui ne pouvaient pas exercer leur activité en télétravail) ;
- elle devait aménager ses espaces de travail et adapter le taux d'occupation en raison des conditions sanitaires.

Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2021, la Cour d'appel de Paris a rappelé que les mesures de l'employeur ne pouvaient être mises en place que lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifie eu égard aux difficultés économiques rencontrées, en application de l'ordonnance du 25 mars 2020. Les juges ont considéré que l'entreprise, sur laquelle pesait la charge de la preuve de démontrer l'existence de difficultés économiques, ne le faisait pas, les mesures d'adaptation ne se confondant pas avec la notion de difficultés économiques. Le trouble manifestement illicite a donc été caractérisé (il est à noter que l'entreprise a formé un pourvoi en cassation contre cette décision).

## **69/ Existe-t-il des dispositions dérogatoires facilitant, pour les entreprises, le recours aux CDD, l'intérim ainsi qu'au au prêt de main d'œuvre ?**

Oui. L'Etat a mis en place des dispositions dérogatoires en la matière.

### **A) Le recours aux CDD et à l'intérim**

Certaines dispositions avaient été mises en place par la loi n°2020-734 du 17 juin 2020. Elles avaient déjà été prolongées, et la loi de gestion de la sortie de la crise sanitaire du 31 mai 2021 les prolonge à nouveau jusqu'au 30 septembre 2021.

**S'agissant des CDD**, un accord collectif d'entreprise peut :

-fixer le nombre de renouvellements possibles pour un CDD (sans que ce nombre ne puisse avoir, ni pour objet, ni pour effet, de pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise) ;

-fixer les modalités de calcul du délai de carence entre deux contrats prévu à l'article L1244-3 du Code du travail ;

-prévoir les cas dans lesquels le délai de carence n'est pas applicable.

**S'agissant du recours à l'intérim**, un accord collectif d'entreprise conclu au sein de l'entreprise utilisatrice peut :

-fixer le nombre maximal de renouvellements possibles pour un contrat de mission (sans que ce nombre ne puisse avoir, ni pour objet, ni pour effet, de pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice) ;

-fixer les modalités de calcul du délai de carence entre deux contrats prévu à l'article L1251-36 du Code du travail ;

-prévoir les cas dans lesquels le délai de carence n'est pas applicable.

Dans les deux types de contrats, les dispositions conventionnelles sont applicables jusqu'à une date qui ne peut pas excéder le 30 septembre 2021. Elles prévalent, lorsqu'elles existent, sur toute convention de branche ou tout accord ayant un champ territorial ou professionnel plus large.

## **70/ Existe-t-il, à la charge des entreprises, une obligation de versement d'une prime aux salariés en raison de l'épidémie actuelle ?**

Non. Il n'existe pas d'obligation légale ou réglementaire qui contraindrait les entreprises à verser une prime spécifique en raison de l'épidémie actuelle.

Il faut cependant rappeler que les pouvoirs publics, confrontés à la crise dite des «Gilets Jaunes» à la fin de l'année 2018, ont institué une prime exceptionnelle de pouvoir d'achat (PEPA), également nommée «Prime MACRON».

### **A) La mise en place d'une prime facultative exceptionnelle de pouvoir d'achat**

Cette prime était une prime facultative d'un montant libre, mais dont 1000 euros (voire jusqu'à 2000 euros dans une seconde version) étaient exonérés de cotisations et contributions sociales ainsi que d'impôt sur le revenu. L'Etat avait, avant la crise sanitaire, décidé de renouveler ce dispositif pour l'année en cours, mais en subordonnant les exonérations sociales et fiscales à l'existence, au sein des entreprises, d'accords d'intéressement.

Cependant, le dispositif de la prime Macron n'a pas été renouvelé pour l'année 2021. En effet, ni la Loi de financement de la sécurité sociale pour 2021, ni la Loi de finances pour 2021, n'ont prévu cette possibilité. Cependant, l'évolution de la situation sanitaire a conduit les pouvoirs publics à réexaminer la problématique.

### **B) La remise en place d'une nouvelle prime dite exceptionnelle de pouvoir d'achat, largement calquée sur le régime juridique de la prime initiale**

L'article 4 de la loi n° 2021-953 de finances rectificative pour 2021 a prévu une nouvelle exonération de cotisations et contributions sociales et d'impôt sur le revenu pour les primes exceptionnelles versées entre le 1er juin 2021 et le 31 mars 2022. Le plafond d'exonération s'élève à 1 000 euros et pourra être porté à 2 000 euros pour les entreprises employant moins de 50 salariés sans condition, et pour les entreprises d'au moins 50 salariés sous deux conditions alternatives :

-l'engagement formel de l'entreprise ou de la branche à mettre en place des actions de valorisation des salariés travaillant en «deuxième ligne» face à l'épidémie, c'est-à-dire ceux exerçant les métiers dans les activités de commerce ou de service qui en raison de la nature de leurs tâches, sont en contact plus important avec les risques présentés par l'épidémie de Covid-19, et dont l'activité s'est exercée uniquement ou majoritairement sur site en 2020 ou 2021 ; cet engagement pourra prendre la forme d'un accord de méthode au niveau de la branche ou de l'entreprise s'engageant à entreprendre des actions en ce sens ;

-la mise en œuvre par l'entreprise d'un accord d'intéressement à la date de versement de la prime ou la conclusion, avant cette même date, d'un accord prenant effet avant la date limite de versement prévue par la loi afin de favoriser le partage de la valeur au sein de l'entreprise.

**Une instruction de la Direction de la Sécurité Sociale (DSS) du 19 août 2021, mise en ligne sur le Bulletin Officiel de Sécurité Sociale (BOSS) le 31 août 2021, précise les modalités de mise en œuvre de cette prime.**

### **C) Principaux éléments du contenu de l'instruction de la DSS**

L'instruction indique que si l'employeur peut bénéficier du plafond d'exonération de 2 000 € au titre d'un accord ou d'une négociation travailleurs de la «deuxième ligne», ce plafond concerne l'ensemble des salariés éligibles à l'exonération, et pas uniquement les travailleurs dits de la «deuxième ligne».

En outre, il est impossible de réserver la PEPA aux seuls travailleurs de la «deuxième ligne», ni de leur attribuer un montant plus élevé de prime qu'aux autres salariés (une telle approche serait considérée comme une inégalité de traitement reposant sur un motif illicite, donc une discrimination).

Il ne peut pas s'agir d'un critère de modulation.

La DSS est extrêmement claire sur ce point en énonçant : *«il n'est pas possible de prendre en compte les conditions de travail liées à l'épidémie de la Covid-19 pour moduler le montant de la prime. La prime ne peut donc être augmentée pour les seuls salariés ayant continué leur activité durant la période d'urgence sanitaire, ou ayant exercé leur activité dans des conditions spécifiques de travail liées à l'activité de l'entreprise (activité obligeant à se déplacer sur place dans l'entreprise, activité au contact du public ...).*

*De même que la prime ne peut être modulée sur la base des conditions de travail liées à l'épidémie de Covid-19, ces conditions de travail ne peuvent justifier l'exclusion de salariés, par exemple ceux qui auraient été en télétravail.»*

La DSS précise que le montant de la prime peut varier selon les salariés en se fondant sur les critères prévus par la loi : celle-ci autorise en effet à moduler le niveau de la prime entre les salariés en fonction de la rémunération, du niveau de classification, de la durée de présence effective ou de la durée de travail prévue au contrat de travail.

La définition de la notion de «travailleur de la deuxième ligne » est rappelée : il s'agit des **«salariés qui, en raison de la nature de leurs tâches, ont contribué directement à la continuité de l'activité économique et au maintien de la cohésion sociale et dont l'activité s'est exercée, en 2020 et 2021, uniquement ou majoritairement sur site pendant les périodes d'urgence sanitaire »**.

Selon la DSS, cette définition large laisse aux partenaires sociaux de branche ou d'entreprise le soin de préciser quels métiers sont concernés au sein du secteur auquel ils appartiennent.

L'accord collectif de revalorisation des travailleurs de la deuxième ligne doit comporter certaines mentions obligatoires (pour prétendre à une exonération de cotisations) :

a) il doit identifier les salariés qui exercent un métier de «deuxième ligne» au sein de la branche ou de l'entreprise ;

b) Il doit porter sur au moins deux des cinq thèmes identifiés par la loi :

-la rémunération et les classifications notamment au regard de l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (par exemple : accord de revalorisation des grilles salariales, nouvelle prime, refonte de la classification en faveur d'une meilleure progression salariale et de carrière, réduction des écarts salariaux dans l'entreprise...);

-la nature du contrat de travail (réduction de la part des CDD, de l'intérim, et des contrats courts, favoriser le passage d'un CDD à un CDI...);



-la santé et la sécurité au travail (réduction des risques au travail qu'ils soient physiques ou psycho-sociaux, réflexion sur les moyens de diminuer les accidents au travail et les maladies professionnelles dans l'entreprise...);  
-la durée du travail et l'articulation entre la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale (dispositions conventionnelles sur la durée du travail, le temps partiel, les horaires atypiques, le travail de nuit, le dimanche, les congés familiaux ...);  
-la formation et l'évolution professionnelles (accès à la formation, transitions professionnelles, politique de promotion, valorisation des acquis de l'expérience...).

c) il doit détailler les actions qui seront mises en œuvre en vue de revaloriser les métiers de «deuxième ligne» pour chacun des thèmes choisis.

**La DSS précise également que l'engagement formel de l'entreprise ou de la branche à des actions de valorisation des salariés travaillant en deuxième ligne» face à l'épidémie prend la forme** d'un accord cadre au niveau de la branche ou de l'entreprise s'engageant à entreprendre des négociations. L'administration encadre le calendrier : elle souligne en effet que l'accord doit fixer le calendrier des négociations, qui devront s'ouvrir dans un délai maximum de deux mois à compter de la signature de l'accord, ainsi que les modalités de suivi des négociations et les thèmes traités lors de la négociation.

**Se pose la question de la preuve de l'ouverture par l'entreprise de négociations relatives aux travailleurs de la deuxième ligne** : la DSS indique que l'ouverture de telles négociations sur la thématique des travailleurs doit figurer sur le procès-verbal de la réunion de négociation. Elle ajoute, ce qui n'est pas un point à négliger, que ces négociations doivent avoir été régulièrement et loyalement menées.

**Le bénéfice de l'exonération n'est pas conditionné à la conclusion immédiate de l'accord** : la DSS précise que l'employeur peut verser la prime et bénéficier de l'exonération s'il peut justifier de l'ouverture d'une négociation d'un accord revalorisant les travailleurs de la «deuxième ligne» au sein de son entreprise ou au sein de la branche auquel l'activité principale de son entreprise se rattache.

La loi impose aux organisations patronales participant aux négociations de branche, en cas d'ouverture de négociations sur la thématique des travailleurs de la deuxième ligne, d'en informer les entreprises relevant du champ d'application de la branche. Cette information peut être effectuée par tout moyen (site internet des organisations patronales et syndicales de branche, par exemple).

**S'agissant de la portée d'un accord de branche conclu sur le sujet des travailleurs de la deuxième ligne à l'égard des entreprises**, la DSS est claire : l'accord de branche en question ne sera pas opposable aux entreprises, qui ne pourront donc pas être contraintes par les dispositions conventionnelles de branche. Les entreprises pourront donc librement choisir d'appliquer ou non de telles dispositions, lorsqu'elles existent.

**Voir l'instruction de la DSS sur le Bulletin Officiel de Sécurité Sociale (BOSS) :**

<https://boss.gouv.fr/portail/accueil/mesures-exceptionnelles/instruction-du-19-aout-2021.html>

## **71/ Les entreprises sont-elles tenues de mettre en place un plan de continuité d'activité (PCA) en cas de pandémie ?**

### **A) Le principe de la mise en place d'un PCA**

L'élaboration de «plans de continuité d'activité» (PCA) dans les entreprises, préconisée par le plan national de prévention et de lutte «Pandémie grippale» (mais le principe peut être transposé à tout type de virus), vise à organiser le maintien de l'activité économique au niveau le plus élevé possible et sur un laps de temps le plus long possible, tout en protégeant la santé et la sécurité des travailleurs.

Sur un plan strictement juridique, la mise en place d'un PCA n'est pas une obligation légale. La loi n'impose pas davantage à l'employeur l'obligation de poursuivre son activité lorsque le personnel de son entreprise est fortement absent en raison d'une crise affectant le fonctionnement normal de l'entreprise. Toutefois, la mise en place d'un PCA est recommandée afin d'anticiper la survenue d'une crise et protéger ainsi l'entreprise de tout préjudice économique.

Cette recommandation s'adresse également à l'employeur dont la responsabilité pourrait être engagée devant les tribunaux en cas de réalisation d'un risque.



Il est donc vivement conseillé à toute entreprise, quelle que soit sa taille, d'élaborer un plan de continuité de l'activité (PCA) en associant ses salariés et en consultant la représentation du personnel (comité social et économique)

A défaut, les salariés pourraient invoquer leur droit de retrait, et, dans certaines circonstances, une responsabilité juridique de l'entreprise pourrait être recherchée a posteriori.

### **B) Les éléments de contenu d'un PCA**

La description du contexte permet de lister les activités essentielles de l'entreprise, les processus clés nécessaires à leur fonctionnement, ainsi que les ressources critiques :

- infrastructures – bâtiments, locaux, moyens de transport,
- systèmes d'information – systèmes informatiques, moyens de télécommunication,
- ressources humaines – personnes clefs, qualifications, compétences,
- ressources intellectuelles et immatérielles – données internes, informations stratégiques,
- prestations externes – énergie, sous-traitants... – ou produits critiques – matières premières rares.

Les risques pouvant compromettre la continuité des activités essentielles doivent être décrits puis priorisés. Pour chaque activité essentielle, la stratégie précise, jusqu'au retour à une situation normale :

- les niveaux de service retenus ;
- les durées d'interruption maximales admissibles pour ces différents niveaux de service ;
- les ressources et procédures nécessaires pour atteindre ces objectifs, en tenant compte des ressources critiques qui peuvent avoir été perdues.

Doivent être précisés dans le document :

- les procédures de mise en œuvre du PCA ;
- les moyens nécessaires ;
- le détail de l'organigramme ;
- et le rôle des différents responsables.

Toute personne en charge d'une action relevant d'un PCA doit connaître précisément sa fonction en cas de crise.

Par ailleurs, le dispositif de gestion de crise permet de conduire la mise en œuvre opérationnelle du PCA, selon des procédures qui peuvent être décrites comme suit :

- détection et qualification des incidents,
- alerte et activation de la cellule de crise,
- déclenchement des dispositions du PCA :
- solution palliative : contournement des services interrompus,
- mode secours : fonctionnement dégradé,
- plan de reprise de l'activité normale,
- plan de communication.

Enfin, le PCA doit comporter des indicateurs permettant de vérifier :

- la mise en œuvre des dispositifs préconisés dans le plan,
- l'adéquation du plan au regard des objectifs de continuité,
- les niveaux de service réellement constatés lors d'une crise – retour d'expérience.

### **72/ Quelles sont les conséquences du coronavirus sur les mesures de protection qui sont parfois exigées par des donneurs d'ordre ou les réceptionnaires de site ainsi que sur le contenu du protocole de sécurité ?**

Il apparaît qu'actuellement, certains donneurs d'ordre demandent aux transporteurs :

- de disposer de masques avant de pénétrer dans l'enceinte des sites ;
- de remplir un questionnaire précisant ne pas s'être rendu dans une zone à risque.

**ATTENTION : les exigences émanent parfois uniquement des réceptionnaires sur site.**

### **A) Rappel : la notion de protocole de sécurité**

Le protocole de sécurité est obligatoire dès qu'une entreprise d'accueil fait entrer un véhicule d'une entreprise de transport de marchandises (quelle que soit sa taille) en vue d'une opération de chargement ou de déchargement (entrée dans l'entreprise, circulation, stationnement, manutention...) quel que soit le type de marchandises, le tonnage et la nature de l'intervention (article R4515-4 et suivants du Code du travail).

Le protocole de sécurité est un document écrit, établi conjointement entre l'entreprise d'accueil et le transporteur. Il comporte toutes les indications et informations découlant de l'analyse préalable des risques liés aux opérations de chargement et déchargement.

Il incombe à l'entreprise d'accueil d'indiquer :

- Les consignes de sécurité interne ;
- Le lieu de livraison ou de prise en charge ;
- Le plan de circulation
- Les moyens de secours en cas d'accident ou d'incident ;
- Les matériels de manutention utilisés ;
- L'identité du responsable.

Il appartient au transporteur de préciser :

- Les caractéristiques du véhicule, son aménagement et ses équipements ;
- La nature et le conditionnement de la marchandise ;
- Les précautions et les sujétions particulières résultant de la nature des substances ou des produits transportés.

A NOTER : Le défaut de protocole de sécurité est sanctionné d'une amende de 10000 euros appliquée autant de fois que de salariés de l'entreprise concernés par l'infraction.

### **B) Les ajouts éventuels au protocole de sécurité**

Les DREAL et CARSAT semblent aujourd'hui dissocier la situation de transporteurs réalisant des opérations répétées et celle de transporteurs réalisant des opérations purement ponctuelles lorsqu'une entreprise décide d'imposer le port du masque aux conducteurs :

-Pour les transporteurs «récurrents», effectuant des opérations répétitives, cette décision doit apparaître dans une mise à jour du protocole de sécurité (PDS). Ce document précise les conditions de réalisation des opérations de chargement/déchargement des marchandises, en sécurité. Le PDS devra être signé entre l'entreprise d'accueil (EA) et le transporteur identifié.

Si tel est le cas, les masques seront mis à disposition par l'employeur du conducteur ou par l'AE, selon ce qui est défini dans le PDS. Il conviendra de définir une procédure de gestion des masques (neufs et usagés).

-Pour les transporteurs «occasionnels», effectuant une opération ponctuelle pour laquelle il n'existe pas de PDS préalablement rédigé et signé, l'EA doit définir, présenter au conducteur et faire respecter l'organisation permettant d'effectuer en sécurité cette opération de chargement/déchargement. Dans ce cas, l'AE devra mettre à disposition les masques.

S'agissant d'un questionnaire obligatoire, l'administration paraît considérer qu'il pourrait être utile afin d'«identifier» un risque potentiel (conducteur provenant d'une zone à risque par exemple) et assurer une traçabilité (si nécessaire).

Cela devrait alors permettre d'adapter les mesures de prévention à mettre en œuvre (refus d'accès, accès contrôlé, port d'EPI pour le conducteur et les salariés de l'entreprise, ...).

### **C) Doctrine du Ministère du travail en matière de protection des salariés intérimaires et des travailleurs extérieurs à l'entreprise**

Dans deux notes de la Direction Générale du Travail (DGT), le ministère du travail a précisé les modalités de protection des salariés intérimaires et des travailleurs extérieurs à l'entreprise face à l'épidémie de Covid-19.

La note de la DGT a rappelé les principes qui régissent la relation triangulaire intérimaire. Elle a ainsi énoncé : *«Le salarié intérimaire n'est juridiquement lié qu'à l'entreprise de travail temporaire. Cependant, l'entreprise utilisatrice est responsable des conditions d'exécution du travail. Le salarié temporaire est soumis aux mesures légales et conventionnelles applicables sur le lieu de travail pour tout ce qui a trait à la santé et à la sécurité au travail, rappelle la DGT. Il existe toutefois un principe de co-responsabilité, notamment pour apprécier l'effectivité des mesures prises».*

Les principes de prévention des risques professionnels liés au covid-19 s'appliquent de la manière suivante selon la DGT.

**S'agissant des salariés des entreprises de travail temporaire** : La DGT précise que *«l'entreprise de travail temporaire doit se coordonner avec l'entreprise utilisatrice en amont de la mission, en se renseignant sur les mesures de prévention prises contre la propagation du virus sur le poste de travail occupé par l'intérimaire et en s'assurant que l'entreprise utilisatrice fournira les équipements de protection individuelle (EPI), les équipements de travail et moyens de protection, en lien avec le risque Covid-19. L'entreprise de travail temporaire peut prévoir le cas échéant cette clause au contrat de mise à disposition. L'entreprise de travail temporaire doit, outre l'habituelle information générale du salarié temporaire aux risques professionnels, l'informer des mesures barrières, et lui transmettre les informations connues concernant les mesures de prévention mises en place par l'entreprise utilisatrice».*

S'agissant de l'entreprise utilisatrice, celle-ci doit :

- préciser au sein du contrat de mise à disposition la nature des équipements de protection individuelle que le salarié temporaire utilise, eu égard aux caractéristiques du poste de travail auquel il est affecté ;
- fournir les équipements de protection individuelle (EPI), et prévoir les modalités de formation à leur utilisation, sauf certains EPI personnalisés définis par convention ou accord collectif (casques et chaussures de sécurité), qui peuvent être fournis par l'entreprise de travail temporaire. En tout état de cause, le salarié temporaire n'a pas à supporter la charge financière de ces équipements ;
- procéder à l'analyse du risque lié au Covid-19, met en place des conditions et une organisation de travail permettant le respect des gestes barrières et des mesures de distanciation physique par le salarié temporaire ;
- informer l'entreprise de travail temporaire et le salarié temporaire des mesures mises en place pour prévenir le risque lié au Covid-19.

Une autre relation triangulaire soulève des questions : celle où des travailleurs d'une entreprise extérieure interviennent au sein d'une entreprise utilisatrice.

**S'agissant des travailleurs d'une entreprise extérieure intervenant au sein d'une entreprise utilisatrice** : en matière de prévention des risques, la DGT rappelle que *«les opérations effectuées dans un établissement par une entreprise extérieure doivent donner lieu à une coordination générale entre l'entreprise utilisatrice et l'ensemble des entreprises extérieures intervenantes et leurs sous-traitants, avant l'exécution des travaux, et pendant leur déroulement».*

Ainsi doivent être prévus :

- un échange d'informations et une analyse des risques prévisibles comportant une inspection préalable des lieux de travail afin de déterminer l'existence ou non de risques liés à l'interférence des travaux et leur nature ;
- un plan de prévention par écrit pour les opérations d'au moins 400 heures sur 12 mois ou en cas de travaux dangereux comme ceux exposant à l'amiante, aux rayonnements ionisants ou encore des travaux aux de maintenance sur des équipements de travail soumis à une obligation de vérification périodique.

La DGT insiste sur l'obligation d'information pesant sur les entreprises concernées. Elle considère que *«Les entreprises utilisatrices et intervenantes doivent s'informer réciproquement sur les risques professionnels et les mesures prises ou à prendre. Elles effectuent une inspection commune des lieux de travail, des installations, du matériel mis à disposition par l'entreprise utilisatrice».*

L'administration du travail estime que «*Le chef de l'entreprise utilisatrice doit prendre l'initiative de l'inspection commune des lieux de travail et de l'approbation du plan de prévention. Il doit communiquer les consignes de sécurité en vigueur qui concerneront les salariés de l'entreprise intervenante*»..

Par ailleurs :

- il assure la coordination générale des mesures de prévention qu'il prend et de celles prises par l'ensemble des chefs des entreprises intervenant dans son établissement ;
- il s'assure auprès du chef de l'entreprise extérieure qu'il a donné aux travailleurs des instructions appropriées aux risques liés à la présence dans son établissement ;
- il communique au chef de l'entreprise intervenante les consignes de sécurité applicables dans l'établissement qui concernent ses salariés à l'occasion de leur travail ou de leurs déplacements ;
- il est notamment tenu d'alerter le chef de l'entreprise extérieure concernée lorsqu'il est informé d'un danger grave concernant un des salariés de cette entreprise, même s'il estime que la cause du danger est exclusivement le fait de celle-ci, afin que les mesures de prévention nécessaires puissent être prises par le ou les employeurs concernés».

Le responsable de l'entreprise intervenante doit également, et ce avant le début des travaux et sur les lieux mêmes de leur exécution, faire connaître à l'ensemble des salariés qu'il affecte à ces travaux les dangers spécifiques auxquels ils sont exposés et les mesures prises pour les prévenir. Il leur donne les instructions nécessaires à l'application de ces mesures et doit leur expliquer l'emploi des dispositifs collectifs et individuels de protection.

L'entreprise extérieure intervenante a également des obligations spécifiques en matière de santé et sécurité. Elle est tenue de participer aux inspections communes des lieux de travail et à l'élaboration du plan de prévention.

Enfin, la DGT apporte les précisions suivantes concernant l'entreprise extérieure intervenante :

- elle est responsable de l'application des mesures de prévention nécessaires à la protection de son personnel, mais doit aussi pallier l'organisation déficiente de la coordination ;
- elle est responsable de l'application des mesures de prévention nécessaires à la protection des travailleurs qu'elle emploie. Ainsi, l'employeur de l'entreprise intervenante est responsable de la protection de ses salariés ;
- en cas d'accident, l'employeur de la victime peut voir rechercher sa faute inexcusable. La responsabilité de l'entreprise utilisatrice peut être engagée en tant que «*tiers responsable*» ;
- les dispositions du règlement intérieur de l'entreprise utilisatrice, notamment celles relatives à la santé, la sécurité et à la discipline générale sont applicables à tous les travailleurs qu'ils soient liés ou non à l'entreprise par un contrat de travail.

### **73/ Quels sont les établissements dont les activités ont été mises à l'arrêt par les pouvoirs publics ?**

Depuis le 31 janvier 2021, les commerces générant des brassages de population importants sont fermés :

- les commerces non alimentaires de plus de 20 000 mètres carrés de surface commerciale utile ;
- les commerces non alimentaires des centres commerciaux et galeries marchandes d'une surface commerciale utile supérieure à 20 000 mètres carrés (sauf les zones commerciales, parcs d'activité et villages de marques où la circulation du public a lieu en extérieur).

Les 20000 mètres carrés se calculent en additionnant l'ensemble des surfaces des commerces, alimentaires ou non.

Les commerces fermés n'ont pas la possibilité de faire de click & collect ou de retrait de commande. En revanche, la livraison de leurs produits reste possible.

Le [site de l'administration française Service-public.fr](https://www.service-public.fr) détaille de façon exhaustive [la liste des commerces et des établissements fermés ou ouverts depuis le couvre-feu](#).

### **74/ Quel est le sort des promesses unilatérales d'embauche, contrats ou offres de contrats de travail et périodes d'essais en raison de la crise sanitaire actuelle ?**

#### **A) Les pourparlers**

Si le candidat à l'embauche et l'employeur sont simplement entrés en pourparlers, sans formaliser par écrit les conditions d'une embauche, ils ne sont pas juridiquement liés : ces pourparlers peuvent librement être rompus à tout moment.

### **B) L'offre de contrat de travail**

Il s'agit d'un acte par lequel l'employeur propose au candidat qu'il souhaite embaucher un engagement précisant l'emploi, la rémunération ainsi que la date d'entrée en fonction. Si l'employeur a adressé au candidat une proposition ferme écrite, par lettre ou courriel, précisant les conditions essentielles de la prestation de travail (emploi, rémunération et date d'entrée en fonctions), il ne peut pas se rétracter, sauf si

-le candidat n'a pas encore reçu son offre ;

-ou s'il ne l'a pas acceptée dans le délai qui lui était imparti pour le faire ou dans un délai raisonnable (arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 21 septembre 2017).

Si le candidat a déjà accepté la proposition, les parties sont en principe liées par un contrat de travail. Une rupture unilatéralement décidée par l'employeur serait alors constitutive d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si le contrat promis était à durée indéterminée et d'une rupture anticipée abusive si le contrat était à durée déterminée.

Si l'employeur se rétracte avant l'expiration du délai ou à l'issue d'un délai raisonnable, cela fait obstacle à la conclusion du contrat de travail mais engage la responsabilité extra-contractuelle de l'employeur.

### **C) La promesse unilatérale d'embauche**

La promesse unilatérale se définit comme un contrat par lequel l'employeur accorde le droit pour le candidat retenu d'opter pour la conclusion du contrat de travail dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés et pour la formation duquel il ne manque plus que le consentement du bénéficiaire. Le contrat de travail est formé dès l'acceptation de la promesse par le candidat.

L'employeur ayant fait une promesse unilatérale d'embauche ne peut plus se rétracter. En cas de méconnaissance de ce principe, l'employeur sera condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (ou rupture anticipée abusive d'un CDD si le contrat était à durée déterminée).

### **D) Le devenir de la période d'essai**

L'état d'urgence sanitaire ne peut pas justifier une rupture de la période d'essai. En effet, l'essai a pour but de tester les capacités professionnelles du salarié. Il ne peut donc être rompu que pour un motif lié aux aptitudes du salarié.

### **E) L'employeur peut-il arguer de la forme majeure pour rompre des contrats de travail ?**

La notion de force majeure n'est presque jamais reconnue en droit du travail. En effet, dans la mesure où elle a pour conséquence d'éviter l'application des règles d'ordre public du droit du licenciement, et engendrant ainsi l'absence de toute indemnité de rupture pour le salarié, les juges sont plus que réticents à la reconnaître.

Tout au plus peut-on observer qu'il pourrait être argué que les fermetures imposées par le Gouvernement et le confinement sont ce que l'on appelle un «fait du prince», **c'est-à-dire un évènement ayant un caractère de force majeure causé par une décision arbitraire d'une autorité publique.**

Il n'est donc pas impossible qu'un fait du prince puisse être judiciairement reconnu pour justifier d'éventuelles ruptures de contrats de travail pour les salariés travaillant dans les marchés alimentaires, par exemple à compter de leur fermeture imposée par la loi du 23 mars 2020.

## **Partie 8 : Selon quelles modalités peut-on valablement signer des accords collectifs pendant la période d'état d'urgence sanitaire ?**

### **75/ Les accords collectifs peuvent-ils être signés à l'aide d'une signature électronique ?**

La Direction Générale du Travail (DGT) a expliqué que les entreprises et les branches professionnelles peuvent mettre en place un dispositif de signature électronique en respectant notamment l'article 1367 du Code civil, ce qui implique :

- qu'elle soit liée au signataire de manière univoque ;
- qu'elle permette d'identifier le signataire ;
- qu'elle ait été créée à l'aide de données de création de signature électronique que le signataire peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif ;
- qu'elle soit liée aux données associées à cette signature de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.

### **76/ Existe-t-il une procédure adaptée pour le dépôt d'un accord de branche ?**

Du fait des circonstances exceptionnelles liées à l'épidémie de COVID-19, la procédure de dépôt des accords de branche est adaptée.

Les branches doivent en priorité déposer leur accord par voie électronique à l'adresse [depot.accord@travail.gouv.fr](mailto:depot.accord@travail.gouv.fr) en ajoutant aux pièces habituellement requises (version word anonymisée et justificatifs de notification de l'accord aux organisations syndicales représentatives) une version PDF de l'accord signé (ou une version de l'ensemble des exemplaires signés par chacune des parties s'il n'a pas été possible de faire figurer l'ensemble des signatures sur le même exemplaire).

L'accord sera enregistré dès réception des pièces transmises par voie électronique. Le dépôt papier de l'original signé de l'accord pourra être effectué postérieurement au dépôt de la version électronique.

Lors du dépôt électronique d'un accord conclu en application des ordonnances du 25 mars 2020, il est conseillé à la branche de préciser dans l'objet de son mail «accord ordonnances Covid-19» afin que l'accord soit enregistré en priorité. Il convient de préciser également si l'extension de l'accord est demandée.

## **Partie 9 : L'entreprise confrontée aux cas avérés d'infection de salariés ou de leurs proches, à des mises en quarantaine préventives, à des personnes identifiées comme étant à risques, ou au suivi des salariés**

### **77/ Quelle est la procédure à suivre par l'employeur en cas de découverte d'une contamination d'un salarié dans l'entreprise ?**

#### **A) Situation de l'employeur par rapport aux salariés de l'entreprise**

Dans le cadre du protocole sanitaire national, des précisions ont été apportées quant à la procédure devant être mise en œuvre par les entreprises dans une telle hypothèse.

**Première étape : mesures à mettre en place en présence d'un salarié symptomatique :** Les entreprises doivent obligatoirement rédiger une procédure, avec l'appui du service de santé au travail, de prise en charge des personnes symptomatiques.

La première étape de ce protocole réside dans l'isolement de la personne dans une pièce dédiée. En présence de cas avérés, le référent Covid-19 doit identifier les contacts que le salarié symptomatique a eu dans l'entreprise.

En présence d'une personne présentant des symptômes tels que fièvre, toux, difficulté respiratoire, à parler ou à avaler, perte du goût et de l'odorat, la prise en charge repose sur :

-l'isolement de la personne symptomatique dans une pièce dédiée et aérée en appliquant immédiatement les gestes barrière. Il faut observer une distance raisonnable avec elle (au moins 2 mètres) avec port d'un masque «grand public» ou à usage médical ;

-la protection lors de la mobilisation du professionnel de santé dédié de l'établissement (sauveteur/secouriste du travail formé au risque Covid-19 ou référent Covid), selon l'organisation locale. Un masque doit lui être fourni avant son intervention ;

-la recherche de signes de gravité.

En l'absence de signe de gravité, l'entreprise doit contacter :

-soit le médecin du travail ;  
-soit demander à la personne de contacter son médecin traitant pour avis médical.  
Dans l'hypothèse d'un cas avéré de Covid-19, le référent doit pouvoir faciliter l'identification des contacts en s'appuyant sur les déclarations du salarié concerné et son historique d'activité dans l'entreprise.

### **Deuxième étape : prise en charge effective de la personne infectée selon les signes de gravité constatés**

En cas de confirmation d'absence de signes de gravité, l'employeur doit organiser le retour à domicile du salarié en évitant les transports en commun. En cas de signe de gravité (ex. détresse respiratoire), l'employeur doit contacter le SAMU.

Enfin, après la prise en charge de la personne, l'employeur doit prendre contact avec le service de santé au travail et suivre ses consignes, y compris pour le nettoyage et la désinfection du poste de travail et le suivi des salariés ayant été en contact avec le cas identifié.

### **B) Situation de l'employeur par rapport aux locaux**

Dans une telle situation, les pouvoirs publics indiquent qu'il appartient à l'employeur de procéder au nettoyage des locaux : un délai de latence pour intervenir est souhaitable, les coronavirus pouvant probablement survivre plusieurs heures sur des surfaces sèches.

En outre, dans ce cadre, l'employeur doit suivre les mesures suivantes :

-équiper les personnes en charge du nettoyage des sols et surfaces avec port d'une blouse à usage unique, de gants de ménage (le port de masque de protection respiratoire n'est pas nécessaire du fait de l'absence d'aérosolisation par les sols et surfaces) ;

-concernant l'entretien des sols, privilégier une stratégie de lavage-désinfection humide ;  
-faire en sorte que les sols et surfaces soient nettoyés avec un bandeau de lavage à usage unique imprégné d'un produit détergent ;  
-Rincer à l'eau du réseau d'eau potable avec un autre bandeau de lavage à usage unique ;  
-laisser sécher ;  
-désinfecter les sols et surface à l'eau de javel dilué avec un bandeau de lavage à usage unique différent des deux précédents.

En l'état actuel de la situation, une telle découverte n'engendre pas de plein-droit une fermeture de l'entreprise.

### **C) Découverte par l'employeur d'un foyer infectieux (cluster) au sein de l'entreprise**

Le Ministère du travail et l'Assurance maladie définissent la notion de «cluster» comme suit : **il s'agit du diagnostic de plus de 3 contaminations sur 7 jours dans une entreprise.**

Lorsqu'un cluster est détecté dans l'entreprise, l'employeur doit impérativement :

-alerter l'Agence régionale de santé et l'inspection du travail et suivre leurs consignes ;

-consulter son service de santé au travail pour être accompagné dans l'évaluation et la mise en œuvre de mesures de prévention renforcées (ex. : information, formation, équipements de protection, désinfection, réorganisation du travail). Le médecin du travail peut vouloir engager un dialogue avec les salariés dans le cadre de leur suivi individuel et réaliser ou prescrire des examens complémentaires ;

-nettoyer et désinfecter les locaux selon les préconisations des autorités sanitaires et du service de santé au travail ;

-informer le CSE du cluster, dans le respect de l'anonymat des personnes concernées et des mesures envisagées en urgence. L'employeur doit aussi l'associer à la réflexion quant à leur mise en œuvre ;

-mettre à jour le document unique d'évaluation des risques en y intégrant les mesures nécessaires pour éviter ou limiter au maximum la contamination ;



-informer l'ensemble des salariés sur la prévention des risques de contamination (ex. : affichage, note d'information jointe au bulletin de salaire) et leur rappeler qu'en cas de contamination ils bénéficient d'un arrêt de travail indemnisé ;

-rappeler et au besoin former l'ensemble des salariés aux mesures et gestes de prévention selon la situation de l'entreprise et la nature du poste occupé.

#### **D) Situation spécifique liées aux souches dites «variantes» de la souche originelle du covid-19**

Il n'existe à date aucune disposition spécifique prévue par le protocole national sanitaire en entreprise sur le sujets des souches du virus nommé covid-19 dites «*variantes britanniques, sud-africaines et brésiliennes*» (de manière raccourcie, il est convenu de les appeler «*variants*»).

Néanmoins, la Direction Générale de la Santé (DGS) a publié, le 7 février 2021, une note à destination des professionnels de la santé sur les sujets des variants.

Tout test, TAG (antigénique, NDLR) ou PCR, donnant lieu à un résultat positif doit obligatoirement faire l'objet d'une RT-PCR de criblage en seconde intention, réalisée dans un délai de 36 heures maximum, afin de déterminer qu'il s'agit d'une contamination par une variante d'intérêt, énonce la DGS.

Tous les tests, antigénique ou PCR donnant lieu à un résultat positif, devront être suivis d'un second test dit «*de criblage*», afin d'identifier s'il s'agit d'une contamination par un «*variant*» du virus originel du covid-19 et lequel.

**La durée d'isolement passe de 7 à 10 jours pour les personnes atteintes du Covid-19 (qu'elles soient contaminées par l'une des souches dites variantes ou par la souche dite historique).**

**Voir la note de la Direction Générale de la Santé :**

[https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/dgs-urgent\\_no12\\_strategie\\_variant.pdf](https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/dgs-urgent_no12_strategie_variant.pdf)

Le protocole précise désormais uniquement que «*les contacts évalués «à risque» selon la définition de Santé publique France seront pris en charge et placés en quarantaine*».

Dans la version précédente du protocole national sanitaire, il était fait référence à une période de 7 jours pleins à partir de la date du dernier contact avec le cas confirmé et un test devait être réalisé au 7e jour.

#### **E) Durcissement des mesures d'isolement des salariés testés positifs au covid-19 et distinction avec les salariés dits «cas contacts»**

Pour rappel, l'isolement est recommandé dans les situations suivantes :

-si l'on est testé positif à la Covid-19 ;

-si l'on est en attente d'être dépisté car on présente des signes de la maladie ;

-si l'on est en attente d'être dépisté car on est identifié comme une personne ayant été en contact avec un malade ;

-si l'on a été testé négatif mais que l'on est une personne contact à risque ;

-si l'on a été testé négatif mais que l'on vit sous le même toit qu'une personne malade.

**Durée de l'isolement des personnes testées positives au covid-19** : Le site Internet de l'Assurance maladie apporte un certain nombre de précisions.

Le point de départ de ces 10 jours doit être décompté à partir des premiers symptômes.

Pour une personne testée positive mais sans symptôme, l'isolement débute à partir du jour du test positif. Par la suite, deux situations sont possibles selon l'évolution de la situation :

-si aucun symptôme n'apparaît, l'isolement prend fin au bout des 10 jours : dans le cas où des symptômes apparaissent, la personne contacte son médecin traitant : elle doit s'isoler 10 jours supplémentaires à partir de la date d'apparition des symptômes ;

-en cas de température (fièvre) au 10e jour, la personne s'isole 48 h supplémentaires après la disparition de la fièvre.

**Durée de l'isolement des personnes qualifiées de «cas contacts»** : la durée d'isolement pour les cas contact reste maintenue à 7 jours.

**Travail ou télétravail** : pendant la période d'isolement, les salariés entrant dans l'une des situations mentionnées précédemment ne peuvent pas se rendre à leur lieu de travail.

Si ces salariés ne peuvent pas télétravailler, ils peuvent, selon leur situation, bénéficier le cas échéant d'un arrêt de travail dans les conditions et limites de la réglementation sur les arrêts de travail dérogatoires (selon les cas, via une demande déposée sur le téléservice <https://declare.ameli.fr> ou <https://declare.msa.fr> ou par l'assurance maladie dans le cadre du contact tracing des personnes positives).

**Voir le protocole national sanitaire actualisé au 16 février 2021 :**

<https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/protocole-national-sante-securite-en-entreprise.pdf>

### **78/ Quelle est la procédure à suivre par l'employeur en cas de découverte d'une contamination d'un salarié appartenant à l'entreprise mais en déplacement professionnel ?**

Si le salarié est détecté alors qu'il est en déplacement (qu'il s'agisse d'un personnel sédentaire ou d'un conducteur), il ne peut avoir été détecté que parce qu'il présentait des symptômes : il a donc fait l'objet d'un test par un médecin dépendant d'une structure hospitalière.

Cette structure a deux options :

- soit mettre le salarié infecté à l'isolement, donc le confiner dans les locaux de l'entreprise ;
- soit (notamment si le salarié ne présente pas de symptôme inquiétant) laisser le salarié quitter l'hôpital et lui enjoindre de se confiner à son domicile.

Lorsque le salarié infecté est en déplacement, il n'existe pas, à ce jour, de procédure spécifique concernant son confinement à son domicile (son rapatriement). Il peut donc rentrer seul chez lui, mais doit veiller à éviter autant que possible les transports collectifs. En tout état de cause, il est tenu d'informer son employeur qui peut décider de procéder lui-même à son rapatriement dans les conditions de sécurité sanitaire appropriées (même s'il ne s'agit pas d'une obligation, cela est recommandé).

### **79/ Existe-t-il un arrêt de travail spécifique (dérogatoire) pour le salarié ayant des symptômes du covid-19 ou étant considéré comme un «cas contact» ?**

Oui. Le décret n°2021-13 du 8 janvier 2021 a institué un nouvel arrêt de travail à l'initiative du salarié ayant des symptômes du covid-19 ou étant cas contact. Ce texte est en vigueur depuis le 10 janvier 2021.

Les personnes concernées sont les suivantes :

- une personne vulnérable au sens où elle risque de développer une forme grave du covid-19 et qui ne peut pas être placée en position d'activité partielle ;
- une personne parente d'un enfant de moins de 16 ans ou d'une personne en situation de handicap faisant l'objet d'une mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile, et qui ne peut pas être placée en activité partielle ;
- une personne qui fait l'objet d'une mesure d'isolement en tant que «contact à risque de contamination» au sens des dispositions réglementaires en vigueur ;
- une personne qui présente les symptômes de l'infection au covid-19, à condition qu'elle fasse réaliser un test de détection du covid-19 inscrit à la nomenclature des actes de biologie médicale dans un délai de 2 jours à compter du début de l'arrêt de travail, et pour la durée courant jusqu'à la date d'obtention du résultat du test ;
- une personne qui présente le résultat d'un test de détection du covid-19 inscrit à la nomenclature des actes de biologie médicale concluant à une contamination par le covid-19 ;
- une personne ayant l'objet d'une mesure de placement en isolement ou de mise en quarantaine à son arrivée en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à Mayotte, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, à La Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin, ou à Saint-Pierre-et-Miquelon.

Le décret n°2021-271 du 11 mars 2021 (publié au Journal Officiel du 12 mars 2021) a étendu l'application de ce dispositif aux salariés mis à l'isolement à la suite d'un déplacement pour motif impérieux. L'assurance-maladie précise que sont concernées les situations suivantes :

- entre le territoire métropolitain et les pays situés hors espace européen (Union européenne, Andorre, Islande, Liechtenstein, Monaco, Norvège, Saint-Marin, Vatican et Suisse) ;
- au départ ou à destination des départements et régions d'outre-mer (DROM) et des collectivités d'outre-mer (COM), à l'exception des déplacements entre Saint-Martin et Saint-Barthélemy.

L'arrêt de travail dérogatoire reste ouvert aux salariés «cas contacts» faisant l'objet d'une mesure d'isolement. Les intéressés doivent continuer à utiliser le téléservice en place pour cette situation (declare.ameli.fr pour le régime général).

Les règles dérogatoires, initialement destinées à s'appliquer jusqu'au 31 mars 2021 inclus, ont été prolongées jusqu'au 1<sup>er</sup> juin 2021 par le décret du 11 mars 2021.

**Voir le décret n°2021-271 du 11 mars 2021 :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043241265>

**Voir le décret n°2021-13 du 8 janvier 2021 :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042895619>

A NOTER : La loi de financement de la Sécurité sociale du 23 décembre 2021, publiée au Journal Officiel du 24 décembre 2021, a prolongé de plein-droit, à compter du 1er janvier 2022 et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2022, le dispositif des arrêts de travail dérogatoires pour la partie «sécurité sociale». Un décret pourra toutefois, en fonction de la situation sanitaire, y mettre fin de façon anticipée.

La loi permet aussi au gouvernement, au cours de l'année 2022, de modifier par ordonnances le cadre législatif des arrêts de travail dérogatoires.

## **80/ L'entreprise peut-elle mener une politique généralisée de tests à l'égard de ses salariés afin de déterminer s'ils sont infectés par le Covid-19 ?**

### **A) Impossibilité pour l'employeur d'imposer des tests aux salariés**

Il n'est pas possible pour l'employeur, en l'état actuel du droit, d'imposer des tests aux salariés et ce pour trois raisons :

- le respect du secret médical : ce principe empêche l'employeur de réclamer le résultat d'un examen de santé du salarié ;
- la réglementation européenne dite «RGPD» (Règlement Général de Protection des Données) qui interdit la constitution de fichiers de santé sans l'accord de la CNIL (Commission Nationale Informatique et Libertés) ;
- le principe de non-discrimination (entre salariés ou fondé sur l'état de santé), qui pourrait être opposé à l'entreprise.

Le Code du travail ne prévoit bien entendu pas la situation de pandémie actuelle. C'est un **arrêt du Conseil d'État du 1er février 1980, dit «Corona»** (du nom d'une entreprise de peinture), qui concernait les contrôles par éthylotest, qui sert souvent de base de raisonnement en la matière.

Le contexte n'était pas celui d'une pandémie, mais il indique que le contrôle du salarié doit cibler les postes les plus sensibles. Il peut être imposé par le règlement intérieur s'il répond à un besoin précis et proportionné (dans le cas de l'alcool, une conduite de machine dangereuse par exemple).

### **B) La possibilité pour l'employeur d'organiser des tests pour les salariés volontaires**

Le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de covid-19 a été actualisé pour tenir compte de l'aggravation de la situation sanitaire et de la nouvelle période de confinement instaurée du 30 octobre au 1er décembre 2020.

Le protocole sanitaire considère que les employeurs peuvent prendre l'initiative d'engager des dépistages avec des tests «rapides autorisés par les autorités de santé».

L'employeur qui prend l'initiative d'une campagne de dépistage, basée sur des tests antigéniques, doit l'organiser :

- sur la base du volontariat des salariés ;
- et dans le strict respect du secret médical. Ainsi, le protocole souligne qu'aucun résultat ne peut être communiqué à l'employeur ou à ses préposés.

En outre, une telle campagne doit être intégralement financée par l'employeur.

### **C) La réalisation des tests antigéniques dans l'entreprise : publication au Journal Officiel d'un arrêté du 16 novembre 2020**

Un arrêté du 16 novembre 2020 autorise les employeurs à réaliser des tests antigéniques pour les salariés qui le souhaitent.

À titre exceptionnel, l'employeur peut organiser des opérations de dépistage collectif du covid-19, au moyen de tests rapides d'orientation diagnostique antigéniques nasopharyngés (dits tests antigéniques), au sein de populations ciblées, en cas de suspicion de cluster ou de circulation particulièrement active du virus, indique l'arrêté.

L'employeur doit, au préalable, en faire la déclaration au représentant de l'État dans le département, c'est-à-dire au préfet.

Les tests antigéniques sont obligatoirement réalisés par un professionnel de santé : médecin, infirmier, pharmacien ou autres personnel médical habilité.

La réalisation matérielle des tests est soumise à plusieurs obligations : information de la personne sur le test et recueil de son consentement, remise d'un document sur la conduite à tenir en cas de résultat positif ou négatif, locaux et équipements adaptés avec un espace de confidentialité, point d'eau pour le lavage des mains ou solution hydroalcoolique notamment.

Les résultats des tests sont rendus par un médecin, un pharmacien ou un infirmier. Ils sont enregistrés le jour même dans le système «SI-DEP» (plateforme sécurisée mise en place par le Ministère de la Santé où sont systématiquement enregistrés les résultats de tous les tests covid-19).

En cas de résultat négatif du test antigénique, le professionnel de santé informe les personnes symptomatiques âgées de 65 ans ou plus et les personnes présentant un facteur de risque qu'il leur est recommandé de consulter un médecin et de confirmer ce résultat par un test PCR.

Ainsi que le prévoit le protocole sanitaire en entreprise, et conformément au principe du secret médical, le résultat du test ne peut pas être communiqué à l'employeur ou à ses préposés.

**ATTENTION** : un salarié qui, se sachant infecté, continuerait à travailler en présentiel comme si de rien n'était encourt une sanction disciplinaire, voire, le cas échéant, la mise en cause de sa responsabilité pénale.

Une circulaire interministérielle apporte quelques éléments de précisions supplémentaires :

Voir la circulaire interministérielle du 14 décembre 2020 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=45093>

### **81/ Quelle est la réglementation applicable aux tests de dépistage du covid-19 ?**

Depuis le 25 juillet 2020, toute personne peut se présenter à un laboratoire d'analyses médicales pour demander la réalisation d'un test sans prescription médicale préalable et sans avance de frais.

Le médecin qui a prescrit le test de dépistage ou les équipes de l'Assurance Maladie peuvent également orienter le patient vers le laboratoire le plus proche de son domicile. Des équipes mobiles de prélèvement se déplaçant au domicile des patients pourront également être mobilisées quand cela s'avère nécessaire.

Lors de la prise de rendez-vous, des informations d'identification (nom, prénom...) peuvent être demandées pour pré-compléter le dossier administratif du patient et limiter son temps de présence dans le laboratoire et les risques de contamination associés. Les informations seront enregistrées dans le [système d'information national de suivi du dépistage Covid-19](#) (SI-DEP) pour permettre le suivi des patients diagnostiqués positifs et de leurs contacts et ainsi lutter contre la propagation de l'épidémie.

La priorisation des tests de dépistage du covid-19 pourrait reposer sur les principes mentionnés dans le tableau suivant :

<b>P1</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Les patients hospitalisés symptomatiques (incluant les tests requis pour la levée d'isolement).</li> <li>• Les patients symptomatiques des unités d'hémodialyse.</li> <li>• Les patients symptomatiques à l'urgence dont l'état justifie une hospitalisation OU qui présentent des facteurs de risque de complications.</li> <li>• Les femmes enceintes symptomatiques au 3<sup>e</sup> trimestre.</li> <li>• Les personnes devant accompagner une femme à un accouchement, lorsque symptomatique à la fin de la grossesse.</li> </ul>
<b>P2</b>	Les professionnels de la santé symptomatiques en contact direct avec les patients, incluant les services ambulanciers, dont le retrait causerait un bris de service (incluant les tests requis pour les mesures de retour au travail).
<b>P3</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Les usagers et le personnel dans des milieux d'hébergement tels que les CHSLD, les RPA et les RI-RTF, dès qu'un nouveau cas positif non isolé est identifié.</li> <li>• À la sortie des usagers d'un centre hospitalier qui sont dirigés vers un milieu de vie comme un CHSLD, RPA, RI-RTF.</li> <li>• Personnes symptomatiques habitant dans d'autres milieux à risque (ex : refuges pour itinérants, RI, etc.).</li> <li>• Dans des milieux de vie hébergeant des personnes âgées (plus de 70 ans) sur recommandation du directeur régional de santé publique.</li> </ul>
<b>P4</b>	Les personnes symptomatiques vivant dans les régions éloignées, les communautés isolées et venant des Premières Nations/Inuit qui ont un accès limité à un hôpital. Sauf en cas d'indication contraire de la DSPublique, ceci inclut les régions ou secteurs placés sous cordon sanitaire.
<b>P5</b>	Les premiers répondants ou travailleurs du système de sécurité publique (ex. : policiers et pompiers, agents des services correctionnels) et autres travailleurs symptomatiques fournissant des services jugés critiques/essentiels.
<b>P6</b>	Les personnes symptomatiques de la communauté sur autorisation du directeur de santé publique.

Au-delà de ce qui est mentionné dans le tableau ci-dessus, un salarié (comme toute personne, y compris l'employeur bien évidemment) a la possibilité de se faire dépister, qu'elle ait ou non des symptômes. La personne est en droit de bénéficier d'un test de dépistage :

- si elle ne présente aucun symptôme du Covid-19 ;
- si elle présente des symptômes du Covid-19 ;
- si elle a été en contact avec une personne testée positive au Covid.

En l'état actuel du droit, l'employeur ne peut pas de lui-même imposer, sans décision des autorités sanitaires, un test de dépistage à un salarié.

Le coût du test de dépistage est pris en charge par l'assurance-maladie.

Lorsque le test Covid-19 est positif, les services de l'Assurance maladie contactent la personne concernée pour retracer l'historique des contacts rapprochés qu'elle a eu 48 heures avant l'apparition des symptômes ou 7 jours avant en l'absence de symptômes.

Il est alors demandé à la personne concernée de fournir l'identité des «personnes contact» ainsi que leurs coordonnées afin qu'elles soient contactées par les enquêteurs de l'Assurance maladie dans les 24 heures qui suivent afin d'organiser leur prise en charge et leur accès à un test de dépistage.

A NOTER : si le cas contact vit dans le même foyer que la personne contaminée, le test doit être réalisé dans un délai de 24 heures,

Un arrêt de travail Covid-19 peut être délivré aux salariés suivants :

- ceux présentant des symptômes du Covid-19 ;
- ceux identifiés comme cas contact ;
- ceux ayant été diagnostiqués positifs au Covid-19 après un test de dépistage.

## 82/ En quoi consiste l'application Tous Anti Covid mise en place par les pouvoirs publics ?

Stop Covid était une application de «contact tracing» (suivi de contacts). Elle avait pour objectif de remonter les derniers contacts d'un malade pour les alerter et les isoler en prévention, en recherchant des informations sur les rencontres faites par une personne contaminée. L'idée n'étant pas de prévenir les utilisateurs en temps réel, mais après-coup, afin de les inciter à se faire tester.

L'application StopCovid, prévenait les personnes ayant été en contact avec un malade testé positif au coronavirus. La personne alertée par une notification pouvait alors se faire dépister et être prise en charge au plus tôt : il lui était demandé de s'isoler, de limiter ses déplacements, de porter un masque et de consulter un médecin ou d'appeler le 0800 130 000 afin de briser les chaînes de transmission du virus, même si elle ne développait aucun symptôme.

Suite à la mise en place de cette application, le gouvernement a lancé jeudi 22 octobre 2020 une application de suivi des cas contacts pour lutter contre l'épidémie due au SARS-CoV-2..

Pour les personnes ayant déjà téléchargé l'application StopCovid, une simple mise à jour permet de la transformer automatiquement en TousAntiCovid.

Le principe demeure le même : TousAntiCovid est une application servant à avertir son utilisateur s'il a été en contact avec une personne positive au Covid-19, grâce à la technologie Bluetooth. Il faut donc, pour qu'elle soit efficace, activer le Bluetooth sur son téléphone, puis lancer l'application, activer le suivi et puis la laisser ouverte.

Si un utilisateur se révèle positif, il peut le signaler dans l'application, et toutes les personnes l'ayant activée et ayant été en contact avec lui recevront une notification. *« Cette alerte permet à l'utilisateur de se faire dépister prioritairement, au même titre qu'une personne contact identifiée par les médecins ou l'Assurance-maladie »*, explique le ministère de la santé sur son site.

**La CNIL a conditionné la validité du système au fait qu'il repose sur une base du volontariat.** En outre, la CNIL a exigé que le dispositif ne soit que temporaire, et qu'un refus de souscrire à l'application ne doive pas entraîner une restriction de la liberté de déplacement de la personne.

La CNIL avait ajouté qu'il ne pouvait être question de conditionner l'accès aux tests et aux soins, le droit de sortie ou l'utilisation des transports en commun à l'utilisation d'une application de traçage. La CNIL affirmait : *« Ceci constituerait en outre, en l'état du droit et selon l'analyse de la Commission, une discrimination »*.

Voir les délibérations de la CNIL sur le sujet :

[https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation\\_du\\_24\\_avril\\_2020\\_portant\\_avis\\_sur\\_un\\_projet\\_dapplication\\_mobile\\_stopcovid.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation_du_24_avril_2020_portant_avis_sur_un_projet_dapplication_mobile_stopcovid.pdf)

<https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation-2020-056-25-mai-2020-avis-projet-decret-application-stopcovid.pdf>

Outre les délibérations de la CNIL, dans ses questions-réponses portant sur les mesures de prévention, le Ministère du Travail évoque la possibilité d'utiliser l'application StopCovid en entreprise (désormais Tous anti-Covid).



Le Ministère du Travail rappelle que l'installation de l'application ne peut être rendue obligatoire. Selon les termes employés par la DGT, «*les employeurs, dans le cadre de la prévention des risques d'exposition à la Covid-19, sont certes invités à faire connaître ce dispositif et encourager le téléchargement de l'application. Mais ils ne peuvent en aucun cas l'imposer à leurs salariés, que ce soit par le biais du règlement intérieur ou par tout autre moyen qui serait dès lors entaché d'illégalité*».

Si l'application est installée sur un téléphone professionnel, l'employeur ne peut accéder aux données déclarées, reçues ou enregistrées que ce soit d'un point de vue technique (les données sont pseudonymisées) ou juridique (droit au respect de la vie privée).

### **83/ Quelles sont les évolutions de l'application Tous Anti Covid et le contrôle de la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL)?**

#### **A) Les évolutions de l'application TousAntiCovid**

L'application mobile TousAntiCovid est, depuis lundi 19 avril 2021, en cours de mise à jour pour intégrer un «carnet». Cette nouvelle fonctionnalité permettra de stocker la preuve d'un résultat de test valide (et négatif), qu'il soit antigénique ou PCR. Elle permettra également de stocker «un certificat de rétablissement du Covid-19» et, à partir du 29 avril prochain, l'attestation de vaccination.

Concrètement, tous les organismes habilités à réaliser des tests (laboratoires, pharmacies, etc.) feront remonter les données vers le système SI-DEP géré par l'Assurance maladie, qui les signera pour garantir leur authenticité.

L'utilisateur de l'application Tous Anti Covid recevra alors un SMS lui permettant de récupérer cette preuve, qu'il pourra intégrer (ou non) dans son application. «*Elle pourra être remise en main propre pour la version papier par les personnels de santé ainsi que les laboratoires, ou disponibles en numérique sur la plateforme dédiée [sidep.gouv.fr](http://sidep.gouv.fr)*», précise le ministère de l'Économie dans un communiqué du 19 avril 2021.

La France testera son dispositif sur certains vols reliant la métropole à la Corse (Air France et Air Corsica informeront leurs clients éligibles), puis dans les semaines à venir vers l'Outre-mer. Il faudra ensuite obtenir l'aval de la Commission européenne pour le généraliser aux voyageurs transfrontaliers.

#### **B) Le contrôle de la CNIL**

La nouvelle fonctionnalité dénommée TousAntiCovid-Carnet s'inscrit dans le cadre des travaux européens autour du «certificat vert numérique ».

Il s'agit d'un « carnet » numérique permettant de stocker, de manière électronique, les certificats de résultats de tests (PCR et antigéniques) ainsi que, prochainement, les certificats de vaccination.

Les services de la CNIL ont été sollicités sur les aspects techniques du dispositif afin de garantir que celui-ci soit respectueux du droit à la protection des données personnelles et de la vie privée des personnes. La CNIL a ainsi pu partager ses recommandations quant aux garanties à apporter, notamment pour assurer la sécurité et la confidentialité des données.

La CNIL rappelle que le caractère volontaire de l'usage de TousAntiCovid et, donc, de sa fonctionnalité «Carnet de tests» doit rester une garantie essentielle du dispositif. L'utilisation de cette application ne peut donc constituer une condition à la libre circulation des personnes.

Elle constate, à cet égard, que le stockage des preuves certifiées des tests (PCR ou antigéniques) et des certificats de vaccination dans TousAntiCovid n'est pas obligatoire. Ces preuves peuvent également être présentées en version papier remise en main propre par les personnels de santé et les laboratoires, imprimé directement par les personnes ou présenté de manière numérique, en dehors de l'application, dès lors que la plateforme dédiée propose un document PDF contenant un code Datamatrix, similaire à un QR-code.

Cette nouvelle fonctionnalité doit, à ce stade, uniquement permettre «*de favoriser les déplacements nécessitant un contrôle sanitaire*».

La CNIL réaffirme que cette nouvelle fonctionnalité doit notamment respecter les garanties suivantes :

- l'utilisateur doit pouvoir en garder le contrôle ;
- le certificat doit être accessible également au format papier ;

- les données doivent être exactes, certifiées par une autorité et leur intégrité doit être garantie ;
- les données contenues dans le certificat doivent être limitées à ce qui est nécessaire (principe de minimisation) ;
- les autorités qui vérifieront le Datamatrix ne doivent pas avoir accès aux données de santé qui ont permis sa délivrance et ne doivent, en aucun cas, générer la création d'une base centralisée de données ;
- des mesures de sécurité doivent être apportées (données chiffrées, intégrité vérifiée, audits des systèmes d'information, etc.).

Plus généralement, s'agissant des réflexions autour d'un éventuel «pass sanitaire» permettant de réguler l'accès à certains lieux, la CNIL souligne que cela poserait de nombreuses questions juridiques, techniques et sociétales, notamment sur la proportionnalité d'un tel dispositif. Le Collège de la CNIL restera vigilant quant à l'éventuel déploiement d'un tel système. Il serait, en tout état de cause, amené à se prononcer s'il était proposé par le Gouvernement.

Voir le site de la CNIL :

<https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-precise-les-garanties-que-doit-respecter-la-fonctionnalite-tousanticovid-carnet>

### **84/ L'entreprise peut-elle imposer à ses salariés l'utilisation de l'application Tous anti-Covid ?**

Non. En aucune manière, une entreprise ne peut juridiquement imposer à ses salariés la mise en place de l'application. L'entreprise peut proposer aux salariés d'utiliser cette application mais ne saurait pouvoir l'imposer.

Il n'est, à cet égard, pas possible pour l'entreprise d'invoquer la prévention des risques professionnels et son obligation d'assurer la sécurité physique et mentale des salariés pour imposer l'utilisation de l'application.

### **85/ Comment les pouvoirs publics définissent-ils un cas contact ?**

#### **A) Avant le 22 juillet 2021 : la distinction entre «cas contact étroit» et «cas contact à risque négligeable»**

L'analyse reposait sur la distinction entre la notion de «cas contact étroit» (l'on parle également de «cas contact à risque») et la notion de «cas contact à risque négligeable».

Si un salarié était asymptomatique mais considéré comme étant un «cas contact étroit» (également dit «à risque»), il existait certaines mesures de vigilance particulière, destinées à éviter la propagation de l'épidémie.

Le Haut Conseil de la santé Publique (HCSP) avait défini le «cas contact étroit» de la manière suivante : «Un contact étroit est une personne qui, à partir de 24 h précédant l'apparition des symptômes d'un cas confirmé, a partagé le même lieu de vie (exemple : famille, même chambre) ou a eu un contact direct avec lui, en face à face, à moins d'un mètre du cas ou pendant plus de 15 minutes, lors d'une discussion ; flirts ; amis intimes ; voisins de classe ou de bureau ; voisins du cas dans un moyen de transport de manière prolongée ; personne prodiguant des soins à un cas confirmé ou personnel de laboratoire manipulant des prélèvements biologiques d'un cas confirmé, en l'absence de moyens de protection adéquats».

**Exemple** : pour un personnel de conduite, le fait de rendre quotidiennement à un endroit reconnu comme étant un foyer de circulation active du virus ou au sein duquel plusieurs cas de contamination au Covid-19 ont été avérés peut être considéré par les autorités sanitaires comme étant un «cas contact étroit».

#### **B) Une nouvelle définition du cas contact donné par la Direction Générale de la Santé (DGS) depuis le 22 juillet 2021**

La Direction générale de la santé (DGS) a communiqué sur l'existence d'une nouvelle définition du contact à risque, mise à jour le 22 juillet par Santé publique France.

En tenant compte de la couverture vaccinale, **la nomenclature distingue trois catégories** :

**a) les cas contacts à risque élevé** : il s'agit des personnes non vaccinées ou ayant un schéma de vaccination incomplet (datant donc date de moins de 7 jours pour les vaccins Pfizer, Moderna, AstraZeneca

ou de moins de 4 semaines pour le vaccin Johnson & Johnson ou atteintes d'une immunodépression grave et répondant également à l'un des trois critères suivants :

- ayant eu un contact direct avec la personne positive (ou probablement positive) au Covid-19, en face-à-face, à moins de 2 m, quelle que soit la durée (exemple : conversation, repas, contact physique) ;
- ayant donné ou reçu des actes d'hygiène ou de soins à la personne positive (ou probablement positive) au Covid-19 ;
- ayant partagé un espace intérieur (bureau ou salle de réunion, véhicule personnel, salle de restaurant...) pendant au moins 15 mn consécutives ou cumulées sur 24 h avec la personne positive (ou probablement positive) ou étant resté en face-à-face avec elle durant plusieurs épisodes de toux ou d'éternuement.

**b) -les cas contacts à risque modéré** : sont concernées les personnes complètement vaccinées contre le covid-19 et/ou qui ne souffrent pas d'immunodépression grave et répondant à l'un des trois critères suivants :

- ayant eu un contact direct avec la personne positive (ou probablement positive) au Covid-19, en face-à-face, à moins de 2 m, quelle que soit la durée (exemple : conversation, repas, contact physique) ;
- ayant donné ou reçu des actes d'hygiène ou de soins à la personne positive (ou probablement positive) au Covid-19 ;
- ayant partagé un espace intérieur (bureau ou salle de réunion, véhicule personnel, salle de restaurant...) pendant au moins 15 mn consécutives ou cumulées sur 24 h avec la personne positive (ou probablement positive) ou étant resté en face-à-face avec elle durant plusieurs épisodes de toux ou d'éternuement.

**c) les cas contact à risque négligeable** : sont concernées les personnes ayant un antécédent d'infection au Covid-19 confirmé par un test de dépistage datant de moins de 2 mois et qui a été dans une autre situation de contact que celles décrites ci-dessus.

## **86/ Quels sont les principes généraux relatifs à l'isolement des personnes malades (infectées par le covid-19) ?**

### **A) La distinction entre les notions d'isolement et de quarantaine**

Si les termes isolement et quarantaine semblent très proches, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) différencie ces deux termes : l'isolement concerne les personnes qui présentent des symptômes du covid-19 et/ou qui ont été testées positives au Sars-CoV-2, alors que la quarantaine consiste à restreindre les activités et/ou isoler les personnes qui ne sont pas malades mais qui peuvent avoir été exposées au covid-19. La quarantaine concerne donc les personnes sans symptômes qui ont été en contact étroit et/ou prolongé avec des cas confirmés ou suspects de Covid-19. L'isolement se fait à l'échelle individuelle (ou d'un groupe d'individu) alors que la quarantaine peut être implémentée à l'échelle individuelle, de groupe ou de toute une communauté.

### **B) Le cadre de l'isolement obligatoire en France**

Il est posé par l'article L3131-15 du Code de la Santé Publique qui permet au Premier Ministre d'ordonner des mesures d'isolement obligatoire (ou de mise en quarantaine obligatoire) lorsque l'état d'urgence sanitaire est déclaré.

### **C) L'absence de cadre juridique d'isolement obligatoire pour le covid-19**

En effet, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 5 août 2021, a censuré les dispositions de la loi du 5 août 2021 qui prévoyaient un isolement obligatoire de 10 jours pour les personnes infectées par le covid-19.

Formellement, l'isolement n'est donc pas obligatoire : il est cependant très fortement conseillé (pour des problématiques juridiques de responsabilité pénale de la personne concernée, tenant à la mise en danger de la vie d'autrui, ainsi que pour des problématiques liées à la responsabilité civile d'un salarié en droit du travail).

### **D) Les recommandations gouvernementales en matière d'isolement depuis le 21 mars 2022**

Depuis le 21 mars 2022, les règles d'isolement sont les mêmes pour les personnes positives quel que soit le variant.

**Tableau récapitulatif des règles d'isolement des cas positifs et des cas contacts à compter du 21 mars 2022 :**

Aménagement des règles d'isolement des cas de covid-19 et des personnes contacts depuis le 21 mars 2022		
	Le salarié est cas contact	Cas contacts
<b>Le salarié dispose d'un schéma vaccinal complet ou a contracté le Covid-19 récemment et n'est pas immunodéprimé</b>	<p>Pas d'isolement obligatoire</p> <p>Nécessité de se tester une fois par autotest, RT-PCR ou test antigénique à J + 2 après la date du dernier contact avec le cas</p>	<p>Durée de l'isolement : 7 jours après la date du début des signes ou la date du test positif</p> <p>Levée anticipée possible : au bout de 5 jours :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-avec un résultat de test antigénique ou RT-PCR négatif ;</li> <li>-et en l'absence de signes cliniques d'infection depuis 48 heures</li> </ul>
<b>Le salarié n'est pas vacciné ou son schéma vaccinal est incomplet</b>	<p>Pas d'isolement obligatoire</p> <p>Nécessité de se tester une fois par autotest, RT-PCR ou test antigénique à J + 2 après la date du dernier contact avec le cas</p>	<p>Durée de l'isolement : 10 jours après la date du début des signes ou la date du test positif</p> <p>Levée anticipée possible : au bout de 7 jours :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-avec un résultat de test antigénique ou RT-PCR négatif ;</li> <li>-et en l'absence de signes cliniques d'infection depuis 48 heures</li> </ul>

### 87/ Que doit faire l'entreprise confrontée au cas d'un salarié, sans symptôme d'infection au Covid-19, mais s'étant trouvé au contact de personnes infectées par le Covid-19 ?

Il pèse sur l'entreprise une obligation d'information des autorités sanitaires. Il est en effet plus que fortement recommandé que l'employeur contacte de lui-même les autorités sanitaires (l'Agence Régionale de Santé-ARS- ou l'Assurance Maladie) afin de déterminer avec ces dernières les consignes devant être suivies. Les autorités sanitaires sont, pour rappel, seules habilitées à prévoir la mise en place de tests.

#### **A) Arrêt de travail pour les salariés considérés comme des «cas contact à risque»**

L'Assurance maladie a énoncé que les assurés identifiés comme cas contact à risque et qui ne peuvent pas télétravailler ont la possibilité de solliciter un arrêt de travail en ligne.

Afin que les personnes identifiées comme cas contact qui sont dans l'impossibilité de télétravailler puissent rapidement s'isoler pendant le temps nécessaire, l'Assurance maladie a ouvert, le 3 octobre 2020, un téléservice leur permettant de demander un arrêt de travail en ligne.

Ce téléservice est accessible sur le site <https://declare.ameli.fr/> ou depuis un smartphone.

Après avoir effectué sa demande, l'assuré pourra bénéficier d'un arrêt de travail de 7 jours débutant à la date à laquelle l'Assurance Maladie l'a contacté par téléphone ou par courriel pour l'inviter à s'isoler et à réaliser un test.

Pour les assurés qui se seraient déjà spontanément isolés avant cette date, l'arrêt pourra être rétroactif dans la limite de 4 jours. Dans l'hypothèse où les résultats du test ne seraient pas encore connus à la fin de l'arrêt de travail, l'assuré pourra demander une prolongation de celui-ci dans la limite de 7 jours supplémentaires.

Avant de procéder au versement des indemnités journalières, l'Assurance Maladie vérifiera que l'assuré est bien connu en tant que cas contact à risque.

En cas d'accord, elle lui adressera une attestation d'isolement valant arrêt de travail dérogatoire, qu'il pourra présenter à son employeur. Si l'assuré dispose d'un compte «ameli», ce courrier sera déposé sur son compte. Sinon, ce document lui sera envoyé par voie postale.

A NOTER : Le ministre des Solidarités et de la Santé a indiqué, le 1er octobre 2020, lors d'une conférence de presse, qu'aucun jour de carence ne sera appliqué à la personne «cas contact» qui obtiendra un arrêt de travail dérogatoire via ce nouveau téléservice de l'Assurance maladie. En toute logique, il devrait en être de même si l'arrêt de travail est prescrit par un médecin.

Le Ministère du travail souligne que lorsqu'un salarié est asymptomatique mais qu'il a été en contact rapproché avec une personne testée positive au Covid-19, il doit tout autant :

- rester (ou rentrer) chez lui ;
- consulter un médecin sans délai ;
- se faire dépister ;
- s'isoler dans l'attente des résultats.

L'employeur doit fournir ces informations au salarié asymptomatique qui a été cas contact étroit.

IMPORTANT : Le Ministère du Travail a publié une fiche relative au traitement des salariés considérés comme des «cas contacts».

[https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/mtei\\_fiches\\_covid\\_gestion\\_cas\\_contact\\_3\\_11\\_2020\\_ok.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/mtei_fiches_covid_gestion_cas_contact_3_11_2020_ok.pdf)

## **B) Une notion créée par les pouvoirs publics : la notion de personne co-exposée**

Un décret du 20 janvier 2021, publié le 21 janvier 2021 au Journal Officiel, crée la notion de personne «co-exposée».

Le texte définit la personne co-exposée comme «**la personne présentant un risque d'infection car, au cours d'une période qui ne peut être supérieure à 14 jours avant le diagnostic du patient zéro, elle s'est trouvée, au même moment que celui-ci, dans le même lieu, rassemblement ou événement, où les mesures barrières n'ont pu être pleinement respectées, identifié par le patient zéro comme étant à l'origine possible de sa contamination**».

Il est précisé que celle-ci pourra désormais être identifiée afin de bénéficier des mesures mises en place pour les personnes contacts à risque", c'est-à-dire faire l'objet du traçage et des mesures bénéficiant aux personnes identifiées comme cas contacts par les personnes chargées du traçage.

L'évaluation d'une personne comme contact à risque de contamination, qu'elle soit cas contact ou personne co-exposée, s'effectue au regard des critères définis par l'Agence nationale de santé publique (Santé publique France), qui sont rendus publics, indique le texte, sans préciser quand ces critères ont vocation à être publiés par SPF, ni où ils pourraient être consultés.

En l'état actuel du droit, ces dispositions ne sont pas articulées avec les règles et principes édictés en droit du travail. Il n'est donc pas possible de déterminer avec précisions quelles seront les conséquences juridiques, pour les entreprises, de la mise en œuvre de la notion de personne co-exposée.

## **88/ Dans quelle situation juridique les salariés parents contraints de garder leur enfant en cas de fermeture de la classe de celui-ci se trouvent-ils ?**

Deux cas de figure sont à distinguer :

- si l'enfant est cas contact, le salarié parent a la possibilité de bénéficier du régime d'activité partielle ;
- si l'enfant est infecté par le covid-19, le salarié parent peut disposer d'un arrêt de travail pour le garder.

### **A) L'enfant du parent salarié est qualifié de cas contact : application du régime d'activité partielle**

Le Ministère du Travail, dans son questions-réponses relatif à l'activité partielle, indique que les salariés de droit privé qui sont contraints de garder leur enfant en raison de la fermeture pour raison sanitaire de la section, de la classe ou de l'établissement d'accueil de leur enfant ou en raison de l'identification de leurs enfants de moins de 16 ans ou d'un enfant en situation de handicap, comme cas contact, sans pouvoir télétravailler, sont pris en charge par l'activité partielle.

Le salarié doit, dans cette hypothèse, remettre un justificatif à son employeur :

-soit un document attestant de la fermeture de l'établissement, de la classe de l'enfant selon les cas (message général reçu de l'établissement ou de la municipalité ou une attestation fournie par l'établissement) ;

-soit un document de l'Assurance maladie attestant que l'enfant est identifié comme cas contact à risque et doit donc respecter une mesure d'isolement.

Le salarié est considéré comme étant dans l'incapacité de télétravailler s'il occupe un poste non télétravaillable ou si l'employeur estime qu'il est dans l'incapacité de télétravailler. Dans ce dernier cas, le salarié pourra par exemple faire état du nombre d'enfants à charge, de leur âge, de ses conditions de logement, etc, précise le ministère du Travail.

ATTENTION : seuls sont concernés les parents d'enfants de moins de 16 ans ou d'enfants handicapés, sans limite d'âge.

A NOTER: seul un des deux parents peut bénéficier du régime d'activité partielle.

L'employeur procède ensuite à la déclaration d'activité partielle, qui s'applique dès le premier jour d'arrêt et jusqu'à la fin de la période d'isolement de l'enfant, c'est-à-dire pendant sept jours. Ce dispositif peut être renouvelé autant de fois que la situation se présente.

### **B) L'enfant du salarié parent est infecté par le covid-19 : application du régime d'arrêt maladie**

Si l'enfant est positif au covid-19 et que le salarié parent doit en assurer la garde, il peut être placé en arrêt de travail et dans ce cas bénéficier d'indemnités journalières versées par la Sécurité sociale.

Cependant, l'assurance maladie précise que ce dispositif est ouvert uniquement pendant la période scolaire : lors de la fermeture des établissements pour les vacances, ces arrêts de travail ne s'appliquent plus. Enfin, seuls sont concernés les parents d'enfants de moins de 16 ans ou d'enfants handicapés sans limite d'âge.

Les salariés doivent fournir à leur employeur un justificatif ainsi qu'une attestation sur l'honneur précisant qu'il est le seul des deux parents à bénéficier d'un arrêt de travail pour les jours concernés.

## **89/ Quel est le cadre juridique des arrêts de travail dits dérogatoires ?**

### **A) La notion d'arrêt de travail dérogatoire**

Ce cadre est issu du décret n°2021-13 du 8 janvier 2021. L'idée a consisté à créer un dispositif d'indemnisation dérogatoire des arrêts de travail pour certains publics de la crise sanitaire résultant de l'émergence du covid-19.

Les arrêts de travail sont dits dérogatoires dans la mesure où les règles de droit commun habituellement applicables aux arrêts de travail sont temporairement écartées. Ainsi, concernant le bénéfice des indemnités journalières de Sécurité Sociale (IJSS) :

-les conditions d'ouverture des droits ne sont plus exigées (travailler au moins 150 heures sur une période de 3 mois civils (ou 90 jours ou cotiser sur un salaire au moins égal à 1015 fois le montant du SMIC horaire au cours des 6 mois civils précédant l'arrêt) ;  
-non-application du délai de carence ;  
-les indemnités journalières de Sécurité Sociale (IJSS) versées à cette occasion ne sont pas décomptées de la durée maximale d'IJSS versées lors d'un arrêt ou d'une affection longue durée.

En cas d'indemnisation complémentaire par l'employeur, les règles dérogatoires sont les suivantes :

-les conditions d'ouverture des droits ne sont plus exigées (notamment la condition d'un an d'ancienneté) ;  
-non-application du délai de carence ;  
-les arrêts indemnisés au cours des 12 mois précédant la date de début de l'arrêt dérogatoire, ainsi l'arrêt dérogatoire lui-même sont décomptés du calcul de la durée totale d'indemnisation au cours de 12 mois.

### **B) Les personnes susceptibles de bénéficier d'un arrêt de travail dérogatoire**

Il s'agit des personnes se trouvant dans l'une des situations suivantes :



- les salariés considérés comme des personnes vulnérables et présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus, et ne pouvant pas être placés en activité partielle ;
- les salariés parent d'un enfant de moins de 16 ans ou d'une personne en situation de handicap faisant l'objet d'une mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile et qui ne peuvent pas être placés en position d'activité partielle ;
- les salariés faisant l'objet d'une mesure d'isolement après avoir été qualifiés de «cas contact à risque de contamination» ;
- les salariés présentant les symptômes du covid-19. Ceux-ci sont tenus de réaliser un test de détection du virus dans un délai de 2 jours à compter du début de l'arrêt de travail. Elles bénéficient du régime dérogatoire pour la durée courant jusqu'à l'obtention du résultat ;
- les salariés déclarés infectés par le covid-19 suite à la réalisation de tests (test PCR, autotest) ;
- les salariés faisant l'objet d'une mesure de placement en isolement ou de mise en quarantaine à leur arrivée en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à Mayotte, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, à La Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin, ou à Saint-Pierre-et-Miquelon ;
- les salariés faisant l'objet d'une mesure de mise en quarantaine ou de placement et de maintien en isolement lorsque qu'ils sont en provenance d'un pays ou territoire confronté à une circulation particulièrement active de l'épidémie ou à la propagation de certains variants caractérisés par un risque de transmissibilité accrue ou d'échappement immunitaire.

### **C) La date limite des arrêts de travail dérogatoires**

Il était initialement prévu que le dispositif d'arrêts de travail dérogatoires mis en place par les pouvoirs publics prenne fin au 1<sup>er</sup> juin 2021. Cependant, plusieurs textes réglementaires ont successivement repoussé la date, la dernière fois jusqu'au 30 septembre 2021.

Mais un autre décret, le décret n°2021-1412 du 29 octobre 2021, publié au Journal Officiel du 30 octobre 2021, a prolongé jusqu'au 31 décembre 2021 inclus le dispositif des arrêts de travail dérogatoires liés au covid-19.

Cette rédaction permet, de fait, de faire rétroagir le dispositif au 1<sup>er</sup> octobre 2021 et combler le «vide» qui s'était installé entre le 30 septembre et le 30 octobre 2021, date de publication du décret.

Il est à noter que ce décret du 29 octobre 2021 adapte la réglementation aux dernières hypothèses de cas d'isolement ou de mise «quarantaine» liées aux déplacements à destination ou en provenance du territoire hexagonal, de la Corse et des collectivités de l'outre-mer, telles que fixées par décret du 1<sup>er</sup> juin 2021.

La période couverte par les arrêts de travail dérogatoires est complétée au maximum de deux jours supplémentaires d'isolement dans l'attente du résultat de l'examen biologique de dépistage virologique à réaliser au terme de cette période.

### **90/ La médecine du travail peut-elle intervenir dans la procédure d'arrêt de travail d'un salarié suspecté d'avoir contracté le coronavirus ou dont l'infection est avérée ?**

Une ordonnance du 2 décembre 2020 rétablit plusieurs mesures qui avaient été mises en place dans le cadre du premier confinement. Les médecins du travail ont ainsi retrouvé la possibilité de prescrire des arrêts de travail en cas d'infection ou de suspicions d'infection au covid-19.

Le médecin du travail peut également établir un certificat médical pour les salariés vulnérables, leur permettant ainsi d'être placés en activité partielle, en application du mécanisme mis en place par la deuxième loi de finances rectificative pour 2020

Ces mesures nécessitaient un décret pour être précisées et entrer en vigueur. Le décret en question précisant les modalités de ces missions a été publié au Journal Officiel du 14 janvier 2021.

Ces mesures sont donc applicables à partir du 15 janvier, et jusqu'au 16 avril 2021, qui est la date d'échéance prévue par l'ordonnance.

Les médecins du travail ne peuvent pas délivrer de certificat médical aux salariés dans l'impossibilité de travailler en raison des contraintes de garde d'un enfant de moins de 16 ans ou d'une personne en situation de handicap faisant l'objet d'une mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile.

## 91/ Existe-t-il un certificat de reprise du travail ou de non-contagiosité ?

Aucun texte ne prévoit de certificat de «reprise du travail» ou de «non-contagiosité». Le médecin traitant n'a donc pas à souscrire à ce type de démarche. Corrélativement, un salarié ne peut pas se voir empêché de travailler en raison de la non-production d'un certificat.

Il en va naturellement de même pour le retour sur site d'un salarié qui était en télétravail. Dans un tel cas, le salarié n'était évidemment pas en arrêt de travail, de sorte que la question de la reprise ne se pose même pas.

L'article L323-3 du Code de la Sécurité sociale prévoit qu'un médecin traitant peut intervenir en amont de la reprise du travail, quand il est sollicité par un salarié souhaitant reprendre le travail dans le cadre d'un temps partiel thérapeutique.

Par ailleurs, l'article R4624-31 du Code du travail pose le principe selon lequel un salarié doit bénéficier d'un examen de reprise du travail par le médecin du travail au terme :

- d'un congé de maternité ;
- d'un arrêt de travail pour maladie professionnelle (quelle qu'en soit la durée) ;
- d'un arrêt de travail d'au moins 30 jours pour accident du travail ou de maladie ou accident non professionnel.

## 92/ L'indemnisation complémentaire par l'employeur des arrêts maladie actuels est-elle soumise au délai de carence légal ?

Il faut rappeler qu'il existe un délai de carence légal, visé par l'article L1226-1 du Code du travail, qui garantit à tous les salariés (sauf les intermittents, intérimaires, saisonniers et travailleurs à domicile) de percevoir une partie de leur rémunération (complémentaire, qui s'ajoute aux IJSS) en cas de maladie ou d'accident, dès lors qu'ils remplissent les conditions, notamment d'ancienneté, visées par ce texte (le délai est de 7 jours).

Dans le cadre de la lutte contre l'épidémie de Covid-19, et afin d'inciter les personnes à s'isoler le plus rapidement possible, Un décret du 8 janvier 2021, paru au Journal Officiel du 9 janvier 2021 a supprimé le délai de carence pour le bénéfice des indemnités de sécurité sociale et pour les indemnités complémentaires versées par l'employeur à compter du 10 janvier.

Compte tenu de la situation sanitaire dégradée, les pouvoirs publics ont décidé de prolonger l'application de règles dérogatoires concernant les arrêts maladie (cf question 85 du présent questions-réponses).

**Ainsi le décret n°2021-271 du 11 mars 2021** a-t-il prévu l'allongement de l'application des règles d'indemnisation dérogatoires des arrêts de travail spécifiques au covid-19. Etaient alors concernées :

- les personnes vulnérables qui ne peuvent pas bénéficier de l'activité partielle ;
- les assurés étant dans l'impossibilité de travailler pour garde d'enfant et qui ne peuvent pas bénéficier de l'activité partielle ;
- les assurés considérés comme « cas contact » et faisant l'objet d'une mesure d'isolement ;
- les assurés qui présentent les symptômes de l'infection au Covid-19. Dans ce cas, ils doivent réaliser un test de détection au virus dans un délai de 2 jours à compter du début de l'arrêt de travail. L'arrêt durera jusqu'à la date d'obtention du résultat du test ;
- les assurés présentant un résultat positif au test de détection du coronavirus ;
- les assurés ayant fait l'objet d'une mesure de placement en isolement ou de mise en quarantaine à leur arrivée en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à Mayotte, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, à la Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin, ou à Saint-Pierre-et-Miquelon ;
- les assurés isolés pendant 7 jours au retour d'un déplacement pour motif impérieux entre le territoire métropolitain et les pays situés en dehors de l'espace européen, ou au départ ou à destination des départements et régions d'outre-mer et des collectivités d'outre-mer.

La loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2022, datant du 23 décembre 2021 et publiée au Journal Officiel du 24 décembre 2021, a prolongé l'indemnisation des salariés en arrêt de travail Covid sans jours de carence. La prolongation pourra se faire jusqu'à une date fixée par décret ou au plus tard jusqu'au 31 décembre 2022.

**A NOTER** : depuis le 21 mars 2022, les salariés et non-salariés, vaccinés ou non, n'ont plus à s'isoler et ne bénéficient donc plus d'un arrêt de travail. En contrepartie, ils doivent toutefois respecter de manière stricte la distanciation et les gestes barrières, mais aussi effectuer dans la foulée un test PCR, antigénique ou un autotest à J+2. En cas de résultat positif, la confirmation par un test PCR sera nécessaire si le test précédent était un antigénique ou un autotest.

Le principe de l'indemnisation dérogatoire (sans délai de carence) demeure applicable en cas de prescription d'un arrêt de travail.

**Par ricochet, l'indemnisation complémentaire employeur prévue par le code du travail (article L1226-1 du Code du travail) est aussi due sans application du délai de carence de 7 jours.**

**Il faut en outre considérer que, par ricochet, sont également concernées les règles conventionnelles qui, devenues temporairement moins favorables que les dispositions légales, ne peuvent plus être appliquées aux salariés concernés (cf question suivante).**

### **93/ L'indemnisation complémentaire de l'employeur des arrêts maladie actuels est-elle soumise à l'application de la carence prévue par les dispositions de la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport ?**

Bien que les dispositions législatives et réglementaires n'envisagent pas explicitement ce sujet, de manière temporaire, tant que la suppression de la carence légale est en vigueur, la carence conventionnelle ne peut plus être invoquée par les entreprises.

Il existe, dans un certain nombre de conventions collectives, notamment la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport (CCNTR), un délai de carence conventionnel.

Les règles sont les suivantes en ce qui concerne la CCNTR :

<b>Délai de carence conventionnel lié aux indemnités complémentaires de l'employeur</b>	<b>-article 10 ter CCNA 1(ouvriers)</b>	<b>5 jours (réduit à 3 jours en cas d'hospitalisation du salarié)</b>
	<b>-article 17 bis CCNA 2 (employés)</b>	<b>5 jours (réduit à 3 jours en cas d'hospitalisation du salarié)</b>
	<b>-Article 21 bis CCNA 3 (techniciens et agents de maîtrise)</b>	<b>Pas de délai de carence maladie</b>
	<b>-Article 21 bis CCNA 4 (Ingénieurs et cadres)</b>	<b>Pas de délai de carence maladie</b>

En effet, les dispositions réglementaires, même si elles présentent un caractère à la fois dérogatoire et temporaire, créent un cadre plus favorable pour les salariés concernés que le cadre conventionnel.

Or, même si sa portée a été réduite par plusieurs lois successives (mais seulement dans les rapports entre textes conventionnels), **le principe de faveur (qui consiste, en cas de conflit de normes ayant le même objet, à appliquer au salarié la norme la plus favorable) demeure et constitue même un principe fondamental du droit du travail (arrêt de la Cour de cassation du 17 juillet 1996).**

En l'espèce, il apparaît que, pour certaines situations d'arrêts de travail réglementairement identifiées, le délai de carence légal est provisoirement supprimé pour ce qui concerne l'indemnité complémentaire de l'employeur.

Il convient donc de considérer que, pour les situations considérées, le principe de faveur a vocation à s'appliquer (en cas de conflit de normes ayant le même objet, il faut appliquer la norme la plus favorable au salarié). Il n'est pas possible d'appliquer des dispositions conventionnelles devenues moins favorables que les dispositions légales (même si cela est temporaire).

En outre, le délai de carence conventionnel ne s'appliquant qu'à deux catégories socio-professionnelles, une entreprise appliquant le délai de carence conventionnel ne serait sans doute pas à l'abri d'une décision de justice estimant que les dispositions conventionnelles revêtent un caractère discriminatoire (discrimination directe ou discrimination indirecte).

La prolongation du délai de carence pour les situations d'arrêts de travail correspondant à situations dérogatoires est désormais traitée par des décrets. Dans ces hypothèses, la non-application du délai de carence conventionnel sera alors la conséquence logique de la mise en œuvre de textes réglementaires dérogatoires.

### **94/ Que se passe-t-il si l'employeur demande à un salarié de demeurer à son domicile ?**

Si l'employeur ne peut pas adapter le poste d'un salarié considéré «à risque» (c'est-à-dire une personne vulnérable, susceptible de développer une forme grave du virus covid-19), il peut, en vue de limiter les contacts et si le télétravail n'est pas compatible avec l'activité, demander au salarié de rester à son domicile.

En principe, il ne peut pas imposer à un salarié de travailler à son domicile. La loi prévoit néanmoins une exception à ce principe. En effet, l'article L1222-11 du Code du travail énonce : *«En cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés».*

Dans l'hypothèse dans laquelle il est procédé au maintien au domicile sans télétravail, s'il n'y a pas d'arrêt de travail en bonne et due forme, le contrat de travail n'est pas suspendu et le maintien de la rémunération s'impose. La période d'absence est traitée comme une période normalement travaillée.

Le salarié peut prendre contact avec l'assurance maladie afin qu'un médecin habilité lui établisse, le cas échéant, un arrêt de travail pour la durée d'isolement préconisée. Le salarié sera alors traité comme en arrêt maladie, ce qui atténuera les conséquences financières pour l'employeur (simple indemnisation complémentaire, si le salarié répond aux conditions du maintien de salaire).

**ATTENTION :** le protocole national sanitaire évoque la situation spécifique des personnes dites vulnérables (qui sont identifiées dans le décret n°2020-1365 du 10 novembre 2020 comme étant à risque de développer des formes graves de Covid-19).

Le protocole national sanitaire s'inscrit dans la logique des textes ayant maintenu, pour ces personnes, la possibilité de bénéficier de l'activité partielle.

En effet, l'ordonnance n°2020-1639 du 21 décembre 2020 a prorogé ce dispositif de placement en activité partielle des personnes vulnérables, permettant son application jusqu'à une date fixée par décret et au plus tard le 31 décembre 2021 (ce qui signifie que le gouvernement pourra y mettre fin avant cette date, si la situation sanitaire le permet). Cela concerne les salariés de droit privé se trouvant dans l'impossibilité de continuer à travailler pour l'un des 2 motifs suivants :

- Le salarié est une personne vulnérable présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2, selon des critères définis par voie réglementaire ;
- Le salarié est parent d'un enfant de moins de 16 ans ou d'une personne en situation de handicap faisant l'objet d'une mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile.

Les recommandations qui sont destinées aux employeurs dans le protocole national sanitaire sont les suivantes :

1<sup>ère</sup> étape : placer le salarié vulnérable en situation de télétravail ;

2<sup>e</sup> étape : si cela s'avère impossible, l'employeur doit envisager des aménagements du poste de travail du salarié considéré comme vulnérable. Les aménagements peuvent porter sur les points suivants :

- bureau individuel ou limitation du risque (ex : écran de protection, aménagement des horaires) ;
- vigilance particulière quant au respect des gestes barrière et port d'un masque de type chirurgical ;
- absence, ou à défaut limitation du partage du poste de travail et nettoyage et désinfection de ce dernier au moins en début et en fin de poste ;
- mode de déplacement domicile travail favorisant le respect des gestes barrières, pouvant notamment s'appuyer sur une adaptation des horaires d'arrivée et de départ.

-mise à disposition de masques de type chirurgical y compris pour les transports.

Lorsque l'employeur ne peut pas remplir ces conditions de protection, le protocole national sanitaire indique qu'il doit placer le salarié en situation d'activité partielle sur la base d'un certificat médical remis par ce dernier.

### **95/ Quelle est la situation, au regard du droit du travail français, d'un salarié qui serait placé en quarantaine dans un Etat étranger en raison d'une suspicion de coronavirus ?**

Il n'existe pas de réponse juridiquement certaine à cette interrogation.

Une analogie peut, dans une certaine mesure, être établie avec la période durant laquelle certains salariés se sont trouvés bloqués, suite à l'éruption du volcan Islandais Eyjafjöll en 2010. Il s'agissait d'une éruption volcanique ayant débuté le 20 mars 2010 avant de prendre fin le 27 octobre 2010. qui avait alors dégagé un nuage de cendres dans toute une partie de l'Europe.

Plusieurs éléments peuvent être mentionnés.

#### **a) Le salarié placé en quarantaine ou bloqué à l'étranger peut-il être sanctionné par son employeur et se trouve-t-il en absence injustifiée ?**

Un salarié bloqué à l'étranger parce qu'il subit un événement environnemental donné (pandémie, catastrophe naturelle, etc) et dans l'impossibilité d'emprunter des moyens de transport pour reprendre le travail, ne peut pas être sanctionné par son employeur (absence de faute), dès lors qu'il l'a averti de sa situation au cours de cette période, ou essayé par tous moyens de le faire. Toutefois l'employeur peut exiger du salarié qu'il lui fournisse des justificatifs permettant d'attester de sa situation.

Pour le salarié, il est possible de :

- couvrir son absence en posant des congés payés, sous réserve qu'il lui en reste. Il perd des congés, mais conserve son salaire ;
- poser des congés sans solde, son absence sera donc justifiée, mais la période ne sera pas rémunérée.

#### **b) Le contrat de travail du salarié placé en quarantaine se trouve-t-il suspendu ?**

Si la quarantaine ou le confinement du salarié s'effectue en France et donne lieu à une décision de l'Assurance maladie (précédemment l'Agence Régionale de Santé- ARS) le salarié concerné est considéré comme étant en arrêt de travail. Cet arrêt est assimilé à un arrêt maladie «classique».

Si la quarantaine ou le confinement du salarié a lieu à l'étranger sans que celui-ci ne puisse rentrer immédiatement en France, la situation du salarié est moins nette, car elle peut dépendre de dispositions d'ordre public qui auraient été prises par l'Etat dans lequel il se trouve et qui entreraient en contradiction avec la loi française applicable au contrat de travail.

Si le salarié se trouve dans l'impossibilité de rentrer en France du fait d'une décision des autorités sanitaires d'un autre Etat sans qu'aucun document écrit ne formalise cette situation, l'on pourrait ici déceler un cas de force majeure (cf point 3 du présent Questions-Réponses) qui entraînerait la suspension du contrat de travail (la question du versement d'indemnités journalières de Sécurité Sociale-IJSS- et, le cas échéant, d'indemnités complémentaires par l'employeur resterait alors posée).

### **96/ Quelles sont les conséquences sur les relations de travail de l'isolement de 10 jours d'un salarié français revenant de l'étranger ou se rendant en Outre-Mer ?**

Le décret n°2021-31 du 15 janvier 2021 impose depuis le 18 janvier, à tous les voyageurs, y compris français, qui :

- viennent en France en provenance d'un pays étranger à l'exception des Etats membres de l'Union européenne et d'une liste de pays limitative (Andorre, Islande, Liechtenstein Monaco, Norvège, Saint-Marin, Saint-Siège, Suisse),
- ou qui se rendent dans les Outre-Mer, par voie maritime ou aérienne (ou terrestre entre le Brésil et la Guyane), de s'engager sur l'honneur par écrit,

-à s'isoler pour une durée de 10 jours.

Toute personne qui méconnaîtrait cet engagement encourt une sanction pénale, par application des dispositions de l'article L441-7 du Code pénal qui énonce qu'est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait :

- 1° D'établir une attestation ou un certificat faisant état de faits matériellement inexacts ;
- 2° De falsifier une attestation ou un certificat originairement sincère ;
- 3° De faire usage d'une attestation ou d'un certificat inexact ou falsifié.

Un salarié voyageur contraint de s'isoler pourra télétravailler si son emploi le permet. En tout état de cause, il faut rappeler qu'aux termes du protocole sanitaire diffusé par les pouvoirs publics, il est recommandé de faire télétravailler tous les salariés qui occupent un poste permettant ce mode d'exécution du contrat de travail.

### **97/ Quelle est la situation de personnes considérées par les pouvoirs publics comme présentant des risques particuliers susceptibles d'engendrer une forme sévère du coronavirus ?**

Depuis le 1er mai 2020, les personnes « dont l'état de santé conduit à les considérer comme présentant un risque de développer une forme sévère de la maladie Covid-19 » ces personnes peuvent en principe demander à bénéficier du dispositif d'activité partielle.

Elles disposent également de la possibilité de demander à bénéficier d'une solution de télétravail lorsque cela est possible. L'employeur, en cas de refus, doit le justifier par écrit.

**Le décret n°2020-521 du 5 mai 2020** définit les critères permettant d'identifier les personnes vulnérables (présentant un risque de développer une forme grave d'infection au coronavirus), et qui peuvent pour ce motif être placées en activité partielle.

Les critères en question sont visés comme suit :

- les personnes de 65 ans et plus ;
- les femmes enceintes,
- les personnes atteintes de maladies respiratoires chroniques (asthme, bronchite chronique...),
- les personnes atteintes d'insuffisances respiratoires chroniques,
- les personnes atteintes de mucoviscidose,
- les personnes atteintes d'insuffisances cardiaques (toutes causes),
- les personnes atteintes de maladies des coronaires,
- les personnes avec antécédents d'accident vasculaire cérébral,
- les personnes souffrant d'hypertension artérielle,
- les personnes atteintes d'insuffisance rénale chronique dialysée,
- les personnes atteintes de diabète de type 1 insulino-dépendant et de diabète de type 2,
- les personnes avec une immunodépression atteintes de pathologies cancéreuses et hématologiques, ou ayant subi une transplantation d'organe et de cellules souches hématopoïétiques,
- les personnes avec une immunodépression atteintes de maladies inflammatoires et/ou auto-immunes recevant un traitement immunosuppresseur,
- les personnes avec une immunodépression infectées par le VIH,
- les personnes atteintes de maladie hépatique chronique avec cirrhose,
- les personnes présentant une obésité avec un indice de masse corporelle (IMC) égal ou supérieur à 40.

Aucun délai de carence ne devrait s'appliquer à ces arrêts de travail.

### **98/ Comment l'employeur peut-il identifier des personnes à risque dans son entreprise ?**



La CNIL rappelle que les entreprises et les administrations ne peuvent pas prendre des mesures qui porteraient atteinte au respect de la vie privée de leurs employés ou visiteurs, en particulier collecter des données de santé "qui iraient au-delà de la gestion des suspicions d'exposition" au coronavirus.

Les données de santé sont protégées par le RGPD (règlement général sur la protection des données personnelles) et par le code de la santé publique. L'employeur ne peut ainsi pas collecter des questionnaires médicaux auprès de tous ses employés. Il ne peut pas non plus demander au service de santé au travail de lui dresser la liste des personnes "fragiles".

À ce titre, il est interdit aux employeurs :

-d'obliger leurs employés à transmettre chaque jour à leur hiérarchie des relevés de température (interdiction également applicable à des visites de personnes tierces à l'entreprise) ;

-ou de collecter des questionnaires médicaux auprès de tous leurs salariés.

**IMPORTANT : en aucun cas les donneurs d'ordre ou les réceptionnaires de sites ne sont fondés à exiger ce type de données.**

En tout état de cause, les employeurs doivent s'abstenir de collecter de manière systématique et généralisée, ou au travers d'enquêtes et demandes individuelles, des informations relatives à la recherche d'éventuels symptômes présentés par un employé/agent et ses proches.

### **99/ Quelles sont les conséquences de la crise sanitaire sur l'organisation du suivi médical des salariés ?**

En raison de la crise sanitaire, les pouvoirs publics ont mis en œuvre un mécanisme de report de certaines visites médicales a été mis en place et reconduit plusieurs fois.

La loi n°2022-46 du 22 janvier 2022, qui a créé le passe vaccinal, a ainsi réactivé un dispositif de report de certaines visites médicales dont l'enjeu est moins important pour le suivi de l'état de santé des salariés.

Les visites et examens pouvant être reportés sont :

-les visites médicales dont l'échéance normale intervient entre le 15 décembre 2021 et une date fixée par décret et au plus tard le 31 juillet 2022, qui peuvent être reportées d'un an au plus à compter de cette échéance ;

-les visites déjà reportées en application du précédent dispositif de report, dont la nouvelle échéance aurait dû intervenir entre le 15 décembre 2021 et une date fixée par décret et au plus tard le 31 juillet 2022, qui peuvent à nouveau être reportées d'au plus 6 mois à compter de cette échéance.

Le décret n°2022-418 du 24 mars 2022 précisant les modalités d'application de la loi précédemment citée est paru au Journal Officiel du 25 mars 2022.

Les visites susceptibles d'être reportées en application de ce mécanisme de report sont :

-les visites médicales dont l'échéance normale intervient entre le 15 décembre 2021 et le 30 avril 2022, qui peuvent être reportées d'un an au plus à compter de cette échéance ;

-les visites déjà reportées en application du précédent dispositif de report, dont la nouvelle échéance aurait dû intervenir entre le 15 décembre 2021 et le 30 avril 2022, qui peuvent à nouveau être reportées d'au plus 6 mois à compter de cette échéance.

La loi du 22 janvier 2022 permet au gouvernement de mettre en place ce report jusqu'au 31 juillet 2022 au plus tard. Ainsi, en fonction de l'évolution de la situation sanitaire, celui-ci pourra si nécessaire prendre un nouveau décret pour modifier la date limite de report des visites et la fixer au 31 juillet 2022.

Le médecin du travail doit informer du report l'employeur et le salarié, en leur communiquant la nouvelle date.

S'il ne dispose pas des coordonnées du salarié, il invite alors l'employeur à communiquer à ce dernier ces informations.

Aucune visite ni aucun examen ne peuvent faire l'objet d'un report lorsque le médecin du travail estime indispensable de respecter l'échéance légale, en vertu des informations dont il dispose concernant l'état de santé du salarié ainsi que les risques liés à son poste de travail ou à ses conditions de travail.

Dans le cas particulier des salariés en contrat à durée déterminée, le médecin du travail tient compte des visites et examens dont l'intéressé a bénéficié le cas échéant au cours des douze derniers mois.

Le décret précise que pour fonder son appréciation, le médecin du travail recueille, en tant que de besoin, les informations utiles sur la base d'échanges réalisés par tout moyen entre le salarié et un membre de l'équipe pluridisciplinaire du service de santé au travail.

Enfin, certaines visites médicales sont exclues de toute possibilité de report. Il s'agit des visites médicales suivantes :

-la visite d'information et de prévention organisée au moment de l'embauche lorsqu'elle concerne un travailleur handicapé, un salarié de moins de 18 ans, une femme enceinte, venant d'accoucher ou allaitante, un travailleur de nuit, un salarié titulaire d'une pension d'invalidité, un salarié exposé à des champs électromagnétiques au-delà des valeurs limites d'exposition ou un salarié exposé à des agents biologiques de groupe 2 ;

-l'examen médical d'aptitude à l'embauche des salariés en suivi renforcé ;

-le renouvellement de l'examen médical d'aptitude pour les salariés exposés à des rayons ionisants classés en catégorie A ;

-la visite de préreprise et la visite de reprise du travail après certains arrêts de travail (c. trav. art. R. 4624-29 et R. 4626-31).

**Voir le Décret n°2022-418 du 24 mars 2022 adaptant temporairement les délais de réalisation des visites et examens médicaux par les services de santé au travail à l'urgence sanitaire :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045406660>

## **Partie 10 : L'entreprise confrontée aux réactions de ses salariés**

### **100/ Un salarié peut-il refuser de se rendre à son travail ou d'effectuer, pour un personnel roulant, un trajet dans un endroit déterminé en se fondant sur son droit de retrait du fait de la pandémie ?**

Le droit de retrait du salarié est visé par l'article L4131-1 du Code du travail. Celui-ci énonce : *«Le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection.*

*Il peut se retirer d'une telle situation.*

*L'employeur ne peut demander au travailleur qui a fait usage de son droit de retrait de reprendre son activité dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent résultant notamment d'une défectuosité du système de protection».*

Il existe trois conditions à l'exercice par le salarié du droit de retrait :

-en premier lieu, le danger en présence doit porter sur la vie ou la santé des travailleurs ;

-ensuite, il doit s'agir d'un danger grave et imminent : il s'agit d'une analyse objective ;

-enfin, il suffit que le salarié ait un motif raisonnable de penser que ce danger existe, peu important qu'il soit avéré : il s'agit là d'une analyse subjective, il convient de se placer dans l'esprit du salarié au moment où il a exercé son droit.

La réponse à la question de savoir si un salarié peut valablement arguer d'une pandémie pour exercer son droit de retrait est négative. En effet, la circulaire de la DGT de juillet 2009 rappelle que le droit de retrait vise une situation particulière de travail et non une situation générale de pandémie grippale.

Dans son Questions-Réponses, le Ministère du Travail indique expressément réaffirme cette idée en soulignant que **«le droit de retrait vise une situation particulière de travail et non une situation générale de pandémie».**

**En principe, si toutes les mesures de précaution ont été prises, le salarié ne pourra pas mettre en avant son droit de retrait. Il est donc impératif que les entreprises préparent et informent leurs salariés.**

Un salarié est ainsi censé poursuivre son activité professionnelle même en situation de pandémie grippale. Les pouvoirs publics, si le danger devient menaçant, peuvent décider « *d'activer la mesure de restriction des activités non essentielles* ».

En droit strict, un salarié refusant de se rendre à son poste de travail en cas de pandémie commet une faute, du moins tant que les pouvoirs publics n'ont pas pris de mesure d'urgence particulière correspondant à une situation qui aurait dégénéré.

Ce point doit cependant être nuancé. Le virus se situe actuellement dans plusieurs endroits de plusieurs pays différents. Or l'activité de transport routier est par essence caractérisée par sa mobilité. En cas d'aggravation du degré de dangerosité de l'épidémie, l'exercice par le salarié de son droit de retrait s'en trouverait facilité.

A NOTER : le salarié qui fait jouer son droit de retrait ne peut pas pour autant rentrer chez lui et doit rester à la disposition de son employeur.

Celui-ci peut alors l'affecter temporairement sur un autre poste correspondant à ses compétences, le temps de prendre les mesures de prévention adaptées et de lui donner les instructions nécessaires pour lui permettre de reprendre son activité. Lorsque l'employeur considère qu'il n'existe plus de danger grave et imminent, il peut alors ordonner au salarié de retourner à son poste de travail.

A NOTER : À chaque fois que le document Questions/Réponses du Ministère du Travail écarte a priori la mise en œuvre du droit de retrait, il prend soin de préciser que la réponse apportée s'entend « *sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux* ».

À cet égard, celle-ci pourrait notamment varier pour les salariés dont l'état de santé présenterait des fragilités augmentant les risques liés à une contamination par le coronavirus.

L'analyse de l'administration est sensiblement identique à celle qui prévalait lors de la crise pandémique liée au virus de la grippe A survenue en 2009-2010.

L'idée consistait (et c'est toujours le cas actuellement) à considérer que le droit retrait doit nécessairement être apprécié au regard de l'impératif de continuité de l'activité économique, en particulier dans les secteurs jugés vitaux (ex : alimentation, transport, santé etc.).

Cette doctrine est notamment issue du précédent de la grippe A de 2009-2010 qui a fait l'objet d'une **circulaire DGT n°2009/16 du 3 juillet 2009** relative à la pandémie grippale, complétant une circulaire DGT n°2007/18 du 18 décembre 2007 rectifiée.

Dans cette circulaire DGT n°2009/16 du 3 juillet 2009, il est expressément mentionné que « *dans le contexte actuel [...], dans la mesure où l'employeur a mis en œuvre les dispositions prévues par le code du travail et les recommandations nationales, visant à protéger la santé et à assurer la sécurité de son personnel, qu'il a informé et préparé son personnel, notamment dans le cadre des institutions représentatives du personnel, le droit individuel de retrait ne peut en principe trouver à s'exercer. En effet, les mesures de prévention, la prudence et la diligence de l'employeur privent d'objet l'exercice d'un droit de retrait qui se fonderait uniquement sur l'exposition au virus ou la crainte qu'il génère* ».

À l'annexe 4 de la circulaire DGT n°2007/18 du 18 décembre 2007 rectifiée, il est également indiqué que « *dans la mesure où l'employeur aura mis en œuvre les dispositions requises pour protéger la santé et assurer la sécurité de son personnel, le droit de retrait ne pourra être exercé que de manière exceptionnelle [...] les possibilités de recours à l'exercice du droit de retrait seront fortement limitées, dès lors que l'employeur aura pris les mesures de prévention et de protection nécessaires, conformément au plan national et aux recommandations de la présente circulaire* ».

Par conséquent, selon la doctrine en vigueur lors de l'épidémie grippale de 2009-2010, l'exercice du droit de retrait n'aurait éventuellement pu être justifié que si l'employeur n'avait pas pris les mesures de prévention et de protection nécessaires, conformément au plan national et aux recommandations des différentes circulaires alors applicables.

Toutefois, il est important de préciser que le juge reste libre d'apprécier, au cas par cas, si un droit de retrait est justifié, dès lors qu'il reste souverain dans son appréciation.

L'appréciation du juge sur le caractère dangereux et imminent que présente une situation de travail pour le salarié qui a exercé son droit de retrait s'opère de manière subjective, que ce droit ait été exercé dans un contexte de pandémie ou non.

Il est fort probable que la doctrine en vigueur lors de l'épisode de grippe A en 2009-2010, ait vocation à s'appliquer dans le cas présent.

De manière concrète, cela signifie que l'exercice du droit de retrait s'en trouverait restreint et se limiterait aux cas où l'employeur n'aurait pas adopté les mesures de prévention et de protection nécessaires, conformément aux recommandations officielles (ex : non-respect des distances de sécurité, non-fourniture de gel hydroalcoolique etc.).

Ceci concernerait particulièrement les salariés dont l'activité implique un contact régulier et étroit avec le public et ceux dont l'activité n'implique pas de surexposition au virus grippal.

Aussi, dès lors que l'employeur s'est conformé aux recommandations officielles, le droit de retrait devrait demeurer exceptionnel au risque, dans le cas contraire, qu'il soit justifié par l'exposition au virus et non par le danger que représenterait la situation de travail, ce qui dénaturerait alors le sens de l'article L4131-1 du Code du travail.

Voir la circulaire DGT n°2009/16 du 3 juillet 2009 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/28964>

### **101/ Un salarié se sachant infecté par le coronavirus mais continuant à travailler commet-il une faute disciplinaire (pouvant aller jusqu'à un licenciement disciplinaire)?**

Sans équivoque possible, la réponse à cette question est positive.

De prime abord, pourtant, on pourrait être tenté par une réponse négative. En effet, dans un arrêt du 21 septembre 2005, la Cour de cassation a indiqué que «*Les renseignements relatifs à l'état de santé d'un salarié ne peuvent être confiés qu'au médecin du travail*».

Précédemment, la Haute Juridiction, dans un arrêt du 10 juillet 2002, avait énoncé : «*En vertu des articles 9 du Code civil, 4 et 96 du Code de déontologie des médecins issu du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 et R 241-56 du Code du travail, le dossier médical d'un salarié, couvert par le secret médical qui s'impose au médecin qui le tient, ne peut en aucun cas être communiqué à son employeur.*»

**Néanmoins, la Cour de cassation, dans un arrêt du 12 octobre 2017, a rappelé un principe très clair :** un salarié peut être licencié, non pas en raison de son état de santé, mais pour avoir continué à travailler sachant qu'il n'était pas en état de le faire.

En effet, il résulte des dispositions de l'article L4122-1 du Code du travail qu'il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail.

Ce texte énonce ainsi : «*Conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur, dans les conditions prévues au règlement intérieur pour les entreprises tenues d'en élaborer un, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail.*»

*Les instructions de l'employeur précisent, en particulier lorsque la nature des risques le justifie, les conditions d'utilisation des équipements de travail, des moyens de protection, des substances et préparations dangereuses. Elles sont adaptées à la nature des tâches à accomplir.*

*Les dispositions du premier alinéa sont sans incidence sur le principe de la responsabilité de l'employeur.*

En cas de manquement à l'obligation qui lui est faite par l'article L4122-1 du Code du travail de prendre soin de sa sécurité et de sa santé, ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou

de ses omissions au travail, **un salarié engage sa responsabilité et une faute grave peut être retenue contre lui.**

Dans un arrêt du 23 mars 2005, la Cour de cassation avait déjà considéré qu'en cas de manquement à l'obligation qui lui est faite par l'article L4122-1 du Code du travail de prendre soin de sa sécurité et de sa santé, ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail, un salarié était susceptible d'engager sa responsabilité, une faute grave pouvant alors être caractérisée à son encontre.

Dans un arrêt du 4 octobre 2011, **la Cour de cassation a réaffirmé le principe selon lequel les salariés ont l'obligation de ne pas mettre en danger, dans l'enceinte de l'entreprise, d'autres membres du personnel.**

En d'autres termes, en continuant à travailler tout en étant malade, un salarié met en péril la santé et la sécurité des autres personnes concernées par son travail, comportement constituant selon les juges de cassation un motif réel et sérieux de licenciement, voire, le cas échéant, une faute grave.

**IMPORTANT** : Le fait que, dans cette situation, un salarié puisse être licencié pour motif disciplinaire, voire sa responsabilité civile et pénale engagée, **n'exclut aucunement la mise en cause de la responsabilité de l'employeur si celui-ci avait soit connaissance de la situation, soit n'a pas pris et fait respecter les mesures de prévention contre la propagation du virus.**

### **102/ L'employeur peut-il sanctionner disciplinairement un salarié refusant d'appliquer les procédures de sécurité destinées à lutter contre la propagation du Covid-19 ?**

Oui. Dans le cadre de son pouvoir de direction, et dans le cadre de l'obligation de moyen renforcée (ou de résultat atténuée) qui pèse sur lui, l'employeur est fondé à adopter toutes les mesures de prévention des risques professionnels.

Le protocole national de déconfinement repose sur les dispositions législatives de prévention des risques telles que fixées par le Code du travail.

Un refus du salarié, sans la moindre justification objective, caractériserait un manquement de sa part : il s'agirait d'une insubordination caractérisée par le refus d'appliquer une procédure de l'entreprise destinée à la prévention des risques professionnels.

Mais outre cette insubordination, le salarié pourrait également se voir reprocher un manquement à l'obligation d'assurer sa propre sécurité ainsi que de celle de ses collègues en application des dispositions de l'article L4122-1 du Code du travail (il s'agit d'un texte qui, jusqu'à présent, a rarement été utilisé, pour autant, il existe et a vocation à s'appliquer).

Cette obligation pesant sur le salarié, qui constitue une obligation (simple) de moyen, implique notamment pour le salarié :

- d'être prudent et de ne pas se mettre en danger ;
- de ne pas nuire aux autres personnes présentes sur son lieu de travail : collègues, clients, usagers, public ;
- d'obéir aux consignes de sécurité édictées par l'employeur et dans le règlement intérieur.

La Cour de cassation admet classiquement qu'un licenciement disciplinaire puisse être mis en œuvre lorsque le salarié refuse de se conformer aux prescriptions édictées par l'entreprise en matière de sécurité. Tel est notamment le cas lorsque :

- le salarié refuse de porter un casque de sécurité sur un chantier nécessitant un tel port ;
- le salarié persiste à fumer en présence de produits dangereux, méconnaissant ainsi les consignes de sécurité.

Dans le même ordre d'idée, le licenciement pour faute grave, sans préavis ni indemnité, d'une salariée pour refus de port des EPI a été validé en jurisprudence (arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 19 juin 2013).

Le manquement d'un salarié aux consignes de sécurité édictées par l'employeur peut donc caractériser, selon les circonstances, soit une faute simple (ou faute sérieuse), soit une faute grave.

Dans un arrêt du 12 octobre 2017, la Cour de cassation a rappelé que le fait, pour un salarié, de mettre en danger sa sécurité et celle ses collègues constituait un motif réel et sérieux de licenciement.

**ATTENTION : il existe un point de vigilance particulier pour l'employeur : pour que la sanction soit légitime, il est important que l'employeur ait bien respecté l'ensemble de ses obligations en matière de prévention, tant sur le fond que sur le plan du formalisme juridique.**

**Or, c'est là que la situation peut se compliquer car, si l'on met de côté les cas de pure insubordination, il arrive parfois que le salarié puisse arguer, par exemple, d'une insuffisance d'information ou de formation, d'une absence de consignes claires, ou encore d'une inadaptation ou non-conformité des EPI, etc. Il peut alors être jugé que le manquement n'est en fait que la résultante d'une défaillance dans la politique interne de gestion de la sécurité.**

### **103/ Le salarié dispose-t-il d'un droit au refus d'être testé dans le cadre d'une politique de dépistage destinée à freiner ou empêcher la propagation du voici-19 ?**

Plusieurs situations doivent ici être distinguées, le cadre juridique n'étant pas toujours très clair à ce jour.

#### **A) Les dépistages en entreprises contre le covid-19**

Sur ce point, les principes juridiques applicables sont clairs. La réalisation des tests de dépistage par les entreprises s'effectue sur la base du volontariat et dans le strict respect du secret médical.

Le professionnel de santé doit donc recueillir l'accord libre et éclairé du salarié après une information claire, loyale et appropriée.

En cas de refus du salarié de se soumettre à un test de dépistage, l'employeur ne peut le sanctionner disciplinairement ni lui interdire de rejoindre son poste, y compris en maintenant son salaire. En outre, ce refus ne peut entraîner de conséquences financières pour le salarié.

Enfin, l'employeur ne peut recenser les salariés qui se font tester ni enregistrer de données personnelles relatives à l'état de santé des salariés.

#### **B) Les dépistages rendus obligatoires par les Etats membres de l'Union européenne dans le cadre de déplacements professionnels entre Etats (concernant notamment les personnels de conduite)**

Il n'existe ici pas de certitude juridique. Il n'existe aucune législation explicite sur le sujet, pas davantage que de jurisprudence. Nous ne nous trouvons plus dans l'hypothèse d'une campagne de dépistage organisée par l'entreprise mais dans une situation de mesures de contrôles des déplacements territoriaux en vue de juguler l'épidémie.

Les entreprises de transport routier doivent respecter toute réglementation (lorsqu'elle est juridiquement valable) de restriction de déplacements et d'accroissement de contrôles pour freiner la propagation de l'épidémie de covid-19.

Les personnels de conduite sont eux-mêmes, par principe, astreints au respect des réglementations obligatoires s'imposant aux entreprises et conditionnant l'exercice de leur activité dans des lieux déterminés. En conséquence, un salarié refusant d'être testé à la frontière avec un autre Etat membre de l'Union européenne alors que la législation de cet Etat impose, pour des circulations personnelles comme professionnelles, la réalisation d'un test à titre obligatoire commet, en principe, une faute disciplinaire.

Il ne s'agit en effet pas d'une décision de son entreprise mais d'une décision externe, motivée par des considérations de santé, sur laquelle son entreprise n'a aucune prise et dont dépend la réalisation de son activité au lieu concerné.

Par ailleurs, la réalisation d'un test étant motivée par une considération liée à la santé, on voit mal ce qui pourrait justifier l'exercice par le conducteur récalcitrant de son droit de retrait (il n'a aucun motif raisonnable de penser que la réalisation d'un test fait peser un danger grave et imminent sur sa vie ou sa santé dès l'instant où les conditions de réalisation du test sont normées et sécurisées).



La seule crainte de se rendre dans une zone à risque ne peut en outre pas suffire à l'exercice régulier du droit de retrait.

Pour autant, l'entreprise peut éviter de recourir à une sanction disciplinaire si elle est en capacité d'affecter le salarié concerné à une autre ligne de transport et si elle peut le remplacer par un autre personnel de conduite.

### **C) Les autotests**

L'autotest est une forme de test antigénique, à réaliser soi-même, à l'aide d'un écouvillon introduit dans le nez. Pour augmenter la fiabilité du test, il faut bien suivre la notice d'utilisation du fabricant et bien faire le geste de prélèvement. Il sert à dépister les personnes de plus de 15 ans qui n'ont pas de symptômes et qui ne sont pas personnes contacts. Il permet de savoir si on est porteur ou non de la COVID-19, mais n'a d'intérêt que s'il est fait régulièrement par exemple 1 à 2 fois par semaine.

Ce test peut être utilisé, notamment dans le cadre d'un dépistage collectif (lycée, entreprise,...) ou par un particulier à domicile.

En répétant le prélèvement, par exemple 1 à 2 fois par semaine, on augmente les chances de détecter le virus au début de la maladie. En cas de symptômes ou de contact avec une personne testée positive au covid-19, il faut faire un test RT-PCR ou antigénique au laboratoire ou chez un professionnel de santé.

Le protocole national sanitaire pose le principe selon lequel les entreprises peuvent proposer l'usage d'autotests à leurs salariés dans le respect des règles de volontariat et de secret médical et avec une information du salarié par un professionnel de santé conformément aux dispositions fixées par le ministère de la santé.

Attention : en aucun cas, l'entreprise ne peut sanctionner un salarié qui refuserait d'utiliser un autotest.

## **Partie 11 : Le cadre juridique spécifique de l'activité des entreprises et des salariés face à l'épidémie de covid-19 entre le 1<sup>er</sup> septembre 2020 et le 13 mars 2022 : le protocole national sanitaire (anciennement appelé protocole national de déconfinement)**

### **104/ Le protocole national sanitaire : de quoi s'agissait-il ?**

Initialement établi par les pouvoirs publics dans le contexte du déconfinement, ce texte avait pour objet de prévoir les règles permettant, de manière plus pérenne, d'assurer le bon fonctionnement de l'activité alors même que l'épidémie de covid-19 n'est pas achevée.

C'est la raison pour laquelle l'appellation du document était la suivante : l'on parle de «*protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de covid-19*». Ce texte a été publié sur le site du Ministère du travail le lundi 31 août 2020 pour une application dans les entreprises à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2020.

Ce document a consisté à aider les entreprises et les associations, quelles que soient leur taille, leur activité et leur situation géographique, à assurer leur activité tout en assurant la protection de la santé de leurs salariés grâce à des règles universelles censées constituer le cadre général des mesures applicables.

**Le protocole a été divisé en 9 parties nommées comme suit :**

-partie 1 : Les modalités de mise en œuvre des mesures de protection dans l'entreprise dans le cadre d'un dialogue social ;

-partie 2 : Les mesures de protection des salariés ;

-partie 3 : Les dispositifs de protection des salariés ;

- partie 4 : Les tests de dépistage ;
- partie 5 : La vaccination ;
- partie 6 : Le passe sanitaire ;
- partie 7 : Le protocole de prise en charge d'une personne symptomatique et de ses contacts rapprochés ;
- partie 8 : La prise de température ;
- partie 9 : Reprise de l'activité et retour en entreprise.

Outre ces 6 parties, **le protocole comportait 4 annexes** :

Annexe 1 : les bonnes pratiques à promouvoir dans la gestion des flux de personnes (ce point n'étant pas présenté comme étant exhaustif) ;

Annexe 2 : le nettoyage/ désinfection des surfaces et aération des locaux : modalités pratiques ;

Annexe 3 : Les masques ;

Annexe 4 : Placement de certains salariés vulnérables en activité partielle.

## **105/ Quel était le contenu du protocole national sanitaire ?**

### **A) La mise en œuvre de règles de distanciation physique entre les salariés**

Initialement, le protocole prévoyait que chaque salarié doive pouvoir disposer d'un espace lui permettant de respecter la règle de distanciation physique d'au moins un mètre par rapport à toute autre personne (ex. autre salarié, client, usager, prestataire, etc.).

Avec les mises à jour successives du protocole national sanitaire, la règle a évolué (vers un durcissement) : la distanciation sociale à respecter, lorsque le port du masque est impossible, est ainsi fixée à 2 mètres.

Le respect d'une distance minimale de deux mètres s'imposait aussi, à défaut de port du masque, dans les espaces de restauration collective, dans les espaces extérieurs ou encore dans les vestiaires, lorsque par exemple le masque devait être retiré pour la prise de douche.

Attention : le port du masque ne signifiait pas, a contrario, l'abolition de toute mesure de distanciation physique. Dans ce cas, la règle consistait à respecter une distance d'au moins 1 mètre entre les personnes (et, naturellement, d'appliquer toutes les autres mesures de précaution : gestes barrière, hygiène des mains, nettoyage et aération des locaux, etc.).

L'employeur était tenu de déterminer une organisation globale du travail permettant de :

- séparer les différents processus d'activités de production ou de fonctionnement ;
- modifier l'organisation de l'espace de travail (en particulier, adapter les tranches horaires des salariés pour éviter ou limiter au maximum les regroupements et les croisements).

Chaque salarié devait être tenu informé de ces dispositions.

L'employeur était également tenu de définir un plan de gestion des flux intégrant les salariés et les clients, fournisseurs et prestataires avec la mise en place de plans de circulation incitatifs visant à fluidifier plutôt qu'à ralentir.

L'employeur ou l'exploitant responsable avait, d'après le protocole national sanitaire, la faculté (qui n'est pas une obligation) de définir une «jauge» précisant le nombre de personnes pouvant être présentes simultanément dans un même espace (salariés, clients, prestataires, fournisseurs...) dans le respect des règles de distanciation physique, en fonction de l'architecture et des dimensions des locaux.

Cette «jauge», lorsqu'elle existait, devait faire l'objet d'affichage par l'employeur ou l'exploitant à l'entrée de l'espace considéré (ex. salles de réunion).

L'employeur se voyait également reconnaître la possibilité de mettre en place des dispositifs de séparation entre salariés ou entre salariés et autres personnes présentes sur le lieu de travail (clients, prestataires) de type écrans transparents pour certains postes de travail (ex. accueil, open-space).

**Voir le protocole national sanitaire applicable au 28 février 2022 :**

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

## **B) Le port du masque de protection contre le covid-19**

### **a) Un principe général : une obligation de port du masque généralisée**

Le protocole national sanitaire prenait en considération les évolutions des connaissances scientifiques relatives au covid-19. Le principe général reposait sur les éléments suivants :

**a) le port du masque grand public était systématique et obligatoire au sein des entreprises dans les lieux collectifs clos.**

**b) A ce port du masque, était également associé, de manière également impérative, le respect des règles de distanciation sociale : il s'agissait des règles suivantes :**

- respect d'une distance physique d'au moins deux mètres entre les personnes,**
- hygiène des mains, des gestes barrières,**
- nettoyage, de la ventilation, de l'aération des locaux,**
- gestion des flux de personnes.**

L'annexe 3 du protocole relative aux masques insistait sur le fait que les masques grand public utilisés dans les entreprises visaient à garantir une «*protection collective*» des salariés et que «*l'efficacité du dispositif repose sur le port généralisé*».

Le protocole expliquait que ces masques grand public étaient de préférence réutilisable. Pour autant, aucune interdiction des masques jetables n'existait, et les seuls éléments de conformité permettant l'utilisation de masques étaient les suivants :

- ils devaient couvrir à la fois le nez, la bouche et le menton et répondre aux spécifications de la norme AFNOR S76-001 ou, pour les masques importés, aux spécifications d'organismes de normalisation similaires ;
- Ils devaient avoir satisfait aux tests garantissant les performances.

Le protocole évoquait également l'obligation du port de masques de protection anti-covid-19 selon la localisation de la prestation de travail ainsi que les déplacements en véhicules.

ATTENTION : suite à l'émergence de souches du virus dites «variantes», le Haut Conseil de la Santé Publique (HCSP) a recommandé de ne plus porter les masques en tissu artisanaux dits de «catégorie 2» car ils offriraient moins de capacité filtrante et seraient donc moins efficaces contre les souches «variantes» du Covid-19.

Ainsi, il a été recommandé de ne porter seulement que des masques grand public en tissu industriels dits de «catégorie 1», des masques chirurgicaux ou des masques FFP2. Un décret du 27 janvier 2021 a d'ailleurs modifié les règles de commercialisation des masques et d'informations des consommateurs.

Seuls les masques chirurgicaux, les masques FFP2 et les masques grand public en tissu industriels dits «de catégorie 1» ont été recommandés en entreprise. Le port du masque artisanal de «catégorie 2» ainsi, plus largement, que des masques en tissus de «catégorie 2» n'a plus été recommandé.

**A NOTER : ces préconisations n'ont jamais été partagées par l'Académie Nationale de Médecine ainsi que par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS).**

Les situations, métiers et secteurs d'activité dans lesquels les pouvoirs publics admettent des adaptations au port du masque ont été prévues dans le document questions/réponses du ministère du Travail (<https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/questions-reponses-par-theme/article/mesures-de-prevention-dans-l-entreprise-contre-la-covid-19>).

A NOTER : le cadre du principe général comportait une exemption du port du masque : il était ainsi précisé que les salariés travaillant seuls dans un bureau (ou une pièce) nominatif n'avaient pas à porter le masque dès lors qu'ils se trouvaient seuls dans leur bureau. Cela signifiait que le port du masque ne peut pas leur être imposé.

**Tableau récapitulatif :**

	<b>Appareil de protection respiratoire de type FFP</b>	<b>Masque chirurgical</b>	<b>Masque « grand public » à filtration supérieure à 90% (ex Catégorie 1) :</b>
<b>Nature de l'équipement</b>	Equipement de protection individuelle (EPI) de sécurité et de santé conforme à la norme NF EN 149 : 2001.	Dispositif médical répondant à des exigences européennes de sécurité et de santé conforme à la norme NF EN 14683.	Masque individuel à usage des professionnels en contact avec le public.
<b>Usage</b>	Protection des professionnels de santé réalisant des gestes invasifs (ex. intubation) ou effectuant des manœuvres sur les voies aériennes. Protection du porteur et de son environnement	Protection des professionnels de santé en dehors des indications du masque FFP2. Protection des personnes à risque de forme grave de Covid. Protection de l'environnement de celui qui le porte	Protection collective des travailleurs dans le cadre du port systématique du masque. Protection de l'environnement de celui qui le porte.
<b>Performances</b>	3 catégories : -FFP1 (filtration de 80 % des aérosols de 0,6 micron), -FFP2 (94 %) -FFP3 (99 %)	Plusieurs types : type I, type II et IIR (particules de 3 microns). Les types IIR sont destinés à un usage en chirurgie.	Filtration de 90% des particules de 3 microns émises par le porteur. L'efficacité du dispositif repose sur le port généralisé

A NOTER : le port du masque devait être articulé avec les dispositions issues des lois des 31 mai et 5 août 2021 ainsi que la loi du 22 janvier 2022 instituant respectivement un passe sanitaire, un passe vaccinal ainsi qu'une obligation vaccinale pour certaines professions.

Dans ce cadre, le protocole national sanitaire énonçait que l'obligation de port du masque ne s'appliquait pas aux personnes (visiteurs ou salariés) ayant accédé aux établissements, lieux, services et événements visés par l'obligation de présenter un passe et qui en disposent, sauf pour les déplacements longue distance par transports interrégionaux et lorsque le préfet ou l'exploitant de l'établissement l'imposait.

#### **b) L'existence d'adaptations au principe général du port du masque**

Des adaptations à ce principe général pouvaient être organisées par les entreprises pour répondre aux spécificités de certaines activités ou secteurs professionnels après avoir mené une analyse des risques de transmission du SARS-CoV-2 et des dispositifs de prévention à mettre en œuvre. Elles faisaient l'objet d'échanges avec les personnels ou leurs représentants, afin de répondre à la nécessité d'informer et de s'informer pour suivre régulièrement l'application, les difficultés et les adaptations au sein de l'entreprise et des collectifs de travail.

A noter : Le port du masque ne dispensait pas les salariés de respecter les autres principes de prévention :  
-distanciation physique d'au moins un mètre,  
-hygiène des mains,  
-respect des gestes barrières.

Quant à l'employeur, il devait toujours assurer le nettoyage, la ventilation, l'aération des locaux et gérer les flux de personnes.

Dans les ateliers, le protocole indiquait qu'il était possible de déroger au port du masque dès lors que les conditions de ventilation et d'aération fonctionnelles étaient conformes à la réglementation, que le nombre de personnes présentes dans la zone de travail était limité, que ces personnes respectaient la plus grande distance possible entre elles, y compris dans leurs déplacements, et portent une visière.

Pour les travailleurs en extérieur, le port du masque était nécessaire en cas de regroupement ou d'incapacité de respecter la distance d'un mètre entre personnes.

S'agissant des déplacements en véhicules, le protocole national sanitaire indiquait que la présence de plusieurs salariés dans un véhicule était possible à la condition du port du masque par chacun, du respect des mesures relatives à l'hygiène des mains et de l'existence d'une procédure effective de nettoyage /désinfection régulière du véhicule.

C'était donc en tenant compte du respect de ces différentes conditions cumulatives que les transports en double équipage s'avéraient possibles.

Le protocole soulignait, enfin, que certains métiers dont la nature même rendait incompatible le port du masque pouvaient justifier de travaux particuliers afin de définir un cadre adapté.

### **C) La mise en exergue des notions d'aération et de ventilation**

Le protocole national sanitaire entendait tenir compte des préconisations du Haut Conseil en Santé Publique en la matière. Il énonçait ainsi :

*« La maîtrise de l'aération/ventilation est une mesure essentielle de prévention des situations à risque d'aérosolisation du SARS-CoV-2.*

*Selon les préconisations du Haut conseil en santé publique (notamment avis du 28 avril 2021 sur les ERP : <https://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=1009>), il est nécessaire :*

*- d'aérer les locaux par une ventilation naturelle ou mécanique en état de marche (portes et/ou fenêtres ouvertes autant que possible, idéalement en permanence si les conditions le permettent et au minimum plusieurs minutes toutes les heures). Lorsque cela est possible, il convient de privilégier une ventilation de la pièce par deux points distincts (porte et fenêtre par exemple) ; sinon, on s'assurera d'un apport d'air neuf adéquat par le système de ventilation fonctionnant correctement (cf. annexe 2).*

*-de favoriser la mesure du dioxyde de carbone (gaz carbonique – CO2) dans l'air avec un détecteur de CO2. »*

### **D) La possibilité pour les entreprises de proposer des autotests aux salariés**

L'autotest est une forme de test antigénique, à réaliser soi-même, à l'aide d'un écouvillon introduit dans le nez. Pour augmenter la fiabilité du test, il faut bien suivre la notice d'utilisation du fabricant et bien faire le geste de prélèvement. Il sert à dépister les personnes de plus de 15 ans qui n'ont pas de symptômes et qui ne sont pas personnes contacts. Il permet de savoir si on est porteur ou non du Covid-19, mais n'a d'intérêt que s'il est fait régulièrement par exemple 1 à 2 fois par semaine.

Ce test peut être utilisé, notamment dans le cadre d'un dépistage collectif (lycée, entreprise,...) ou par un particulier à domicile. En répétant le prélèvement, par exemple 1 à 2 fois par semaine, on augmente les chances de détecter le virus au début de la maladie. En cas de symptômes ou de contact avec une personne testée positive au covid-19, il faut faire un test RT-PCR ou antigénique au laboratoire ou chez un professionnel de santé.

Le protocole national sanitaire posait le principe selon lequel les entreprises pouvaient proposer l'usage d'autotests à leurs salariés dans le respect des règles de volontariat et de secret médical et avec une information du salarié par un professionnel de santé conformément aux dispositions fixées par le Ministère de la Santé.

A NOTER : La référence aux autotests réalisés sous la supervision d'un professionnel de santé comme justificatif du passe sanitaire avait disparu du protocole sanitaire lors de la mise à jour du protocole national sanitaire du 29 novembre 2021.

Mais le Conseil d'État avait suspendu, dans une ordonnance de référé du 29 octobre 2021, l'exécution du décret qui avait sorti les autotests des éléments constitutifs du passe sanitaire.

Le protocole national sanitaire actualisé par la suite avait réintroduit en conséquence l'autotest réalisé sous la supervision d'un professionnel de santé datant d'au plus 24 h comme étant l'un des moyens d'obtention du passe sanitaire.

## **106/ Le protocole national sanitaire imposait-t-il aux entreprises la mise en place d'un référent Covid-19 ?**

**ATTENTION : cette disposition est maintenue par le «guide repère» du Ministère du Travail.**

### **A) Le principe de la désignation d'un référent covid-19 en entreprise**

Il n'existe aucune obligation légale de désigner un référent Covid-19.

La désignation d'un référent Covid-19 a cependant été prévue par le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés face à l'épidémie de Covid-19, et ce dans toutes les entreprises.

Dans les entreprises de petite taille, il peut s'agir du dirigeant lui-même.

Lorsque l'entreprise compte plusieurs établissements, il est nécessaire d'avoir un référent Covid-19 par établissement.

Son identité et sa mission doivent être communiquées à l'ensemble du personnel.

Le rôle du référent Covid-19 n'est pas prévu par le Code du travail (la référence à un tel référent n'étant pas envisagée par les dispositions légales ou réglementaires, mais uniquement par le protocole national sanitaire).

On ne peut donc pas parler, à ce jour, de statut lié à la fonction de référent Covid-19. Pour autant, au regard des obligations pesant sur l'employeur en matière de protection de la santé-sécurité des salariés, il est possible de considérer que ce référent est en charge de la sécurité sanitaire des salariés.

### **B) Les missions du référent covid-19 en entreprise**

Le référent Covid doit en priorité veiller au respect des mesures mises en place dans l'entreprise et notamment le respect des gestes barrières sur le lieu de travail pour assurer la sécurité sanitaire de tous les salariés. Pour ce faire, il doit :

-mettre en œuvre des mesures de prévention : marquage au sol, sens de la circulation...

-initier les salariés aux règles d'hygiène pour se protéger.

Veiller au déploiement des consignes et mesures de sécurité ;

-s'assurer que toutes les mesures de sécurité définies soient bien adaptées et respectées de tous, dans le cadre de l'exercice de leur activité professionnelle.

Le référent covid-19 est l'interlocuteur privilégié des salariés pour répondre à toutes les questions concernant la gestion des règles sanitaires liées au Coronavirus dans l'entreprise.

A NOTER : même si toute l'entreprise est en télétravail, il faut quand même qu'un référent Covid-19 soit désigné pour répondre aux questions des salariés et éventuellement les informer.

En outre, le protocole national sanitaire précisait le rôle du référent covid-19 en cas de survenance d'un cas de covid-19 : *«En cas de survenue d'un cas avéré, le référent doit pouvoir faciliter l'identification des contacts par les autorités en charge du contact tracing, via la réalisation de matrice en s'appuyant sur les déclarations du salarié concerné et son historique d'activité dans l'entreprise».*

Cela signifie que le référent covid-19 doit mettre en œuvre le protocole de prise en charge d'une personne symptomatique et de ses cas contacts en entreprise. Il doit ensuite informer *«les acteurs du contact-tracing pourront s'appuyer sur les matrices des contacts en entreprise réalisées par le référent pour les cas avérés».*

Le poste de référent coronavirus n'est pas réservé à certains collaborateurs de l'entreprise : le dirigeant, un membre de l'équipe dirigeante, un membre du CSE ou un médecin par exemple. Tout type de collaborateur peut remplir cette fonction. Une condition néanmoins, mais qui relève du bon sens : être formé aux règles d'hygiène mises en place dans l'entreprise et se sentir investi d'une telle mission.

Aujourd'hui, les textes ne fixent pas de règles de désignation du référent Covid. Les entreprises peuvent donc instaurer celles qu'elles souhaitent.

### **107/ Quelles étaient les obligations pesant sur l'employeur en matière de port de masques de protection anti-covid-19 dans l'enceinte de l'entreprise ?**

Bien que le protocole national sanitaire n'ait comporté aucune disposition de portée générale imposant, en tous lieux et en toutes circonstances, le port d'un masque obligatoire de protection contre le covid-19 par chaque salarié, le principe général applicable était celui du port du masque de protection anti-covid-19 dans les espaces de travail clos et partagés.

A cet égard, Le protocole national sanitaire précisait les situations dans lesquelles le port d'un masque de protection était impératif, celles dans lesquelles il était possible de ne pas le porter (dérogations) et celles dans lesquelles le port d'un masque ne pouvait en principe pas être imposé à un salarié (exemptions).

### **A) Le principe général : l'obligation de port du masque de protection anti-covid-19 dans les espaces de travail clos et partagés**



Le port du masque était «obligatoire» depuis le 1er septembre 2020 dans les espaces de travail clos et partagés dans les entreprises, qu'elles soient publiques ou privées. Si le protocole national sanitaire n'a en théorie pas valeur normative, il a été étroitement lié aux principes de prévention des risques professionnels prévus par le Code du travail, qui, eux, ont force obligatoire. Leur méconnaissance par l'employeur est de nature à engager sa responsabilité tant civile que pénale.

Cette obligation concernait les open-spaces, les salles de réunion, les couloirs de circulation, les vestiaires, les espace café ou cafétérias, et ce, même si la distanciation physique entre salariés pouvait être respectée. Le port du masque n'était en revanche pas obligatoire dans les bureaux individuels (qui sont donc occupés par une seule personne) dès lors que le salarié effectuait sa prestation de travail seul.

Pour les travailleurs en extérieur, le port du masque était nécessaire en cas de regroupement ou d'incapacité de respecter la distanciation physique entre les personnes.

Dans les véhicules professionnels, la présence de plusieurs salariés dans un véhicule était possible à la condition du port du masque par chacun d'entre eux.

### **B) Les dérogations au port obligatoire du masque de protection anti-covid-19**

Le protocole national sanitaire évoquait le cas de certains métiers ou travaux incompatibles avec le port du masque.

Dans ses questions/réponses, le Ministère du travail avait inséré un tableau récapitulatif de métiers (cf ci-après) qui bénéficiaient d'adaptations au port du masque. Il s'agissait de métiers très spécifiques pour qui le port du masque permanent n'était pas possible.

À défaut de port du masque, le Ministère du travail indiquait les autres mesures de prévention qui devaient être respectées.

<b>Métiers et secteurs d'activités</b>	<b>Mesures de prévention à respecter</b>
<b>Préparateur de commande en chambre froide dans les transports et l'entreposage frigorifiques</b>	<b>Distanciation physique de deux mètres, densité de personnes travaillant dans le même espace inférieure à une personne pour 8m2, système d'aération ou de ventilation.</b>
<b>Ouvrier dans le BTP intervenant sur un chantier extérieur précisément délimité et dont l'accès est interdit au public</b>	<b>Respect des gestes barrière et de la distanciation physique, évaluation des risques par l'employeur.</b>
<b>Soudeurs</b>	<b>Pour le travail en atelier : Distanciation physique de deux mètres, densité de personnes travaillant dans le même espace inférieure à une personne pour 8m2, système d'aération ou de ventilation. Pour le travail en extérieur : distanciation de deux mètres entre les personnes. Pour le travail dans un bâtiment en construction : travail isolé.</b>
<b>Métiers du nez (testeurs...)</b>	<b>Distanciation physique de deux mètres, densité de personnes travaillant dans le même espace inférieure à une personne</b>

	<p><b>pour 8m<sup>2</sup>, système d'aération ou de ventilation.</b></p> <p><b>Le port du masque reste obligatoire quand le salarié n'est pas amené à faire appel à ses sens olfactif ou gustatif.</b></p>
<p><b>Présentateur, journaliste ou invité télévisuel</b></p>	<p><b>La dépose du masque demeure momentanée, le temps de l'intervention télévisuelle. Toutes les autres personnes (techniciens, invités...) présentes dans le studio demeurent masquées.</b></p> <p><b>Distance entre les personnes de deux mètres, ventilation ou extraction d'air haute, espace de grand volume, mise à disposition de visières, faible densité de personnes dans la pièce, désinfection régulière des surfaces, politique de prévention dans l'entreprise .</b></p> <p><b>Une information est donnée au public sur les conditions de suspension du port du masque.</b></p>

Source : Questions-Réponses du Ministère du Travail.

Outre les dérogations au port obligatoire du masque en entreprise liées à l'activité exercée, deux autres typologies de dérogations étaient à mentionner :

► En atelier, car les salariés sont souvent amenés à effectuer des efforts physiques plus intenses que la moyenne, dès lors que les conditions de ventilation/aération fonctionnelle étaient conformes à la réglementation, que le nombre de personnes présentes dans la zone de travail était limité, que ces personnes respectaient la plus grande distance possible entre elles et portaient une visièrè ;

► Dans le cas des bureaux partagés, notamment les open-space : un salarié qui était à son poste de travail pouvait enlever temporairement son masque si un certain nombre de critères, dont le nombre variaient en fonction du niveau de circulation du virus dans le département, étaient remplis. Il était exclu de retirer le masque de manière permanente toute la journée.

### **C) Les exemptions au port obligatoire du port du masque de protection anti-covid-19 en entreprise**

Il n'en n'existait en réalité qu'une seule : un salarié effectuant sa prestation de travail seul dans son bureau individuel ne pouvait en aucun cas se voir imposer le port du masque. En revanche, si d'autres personnes étaient amenées à pénétrer dans son bureau, ou si lui-même se déplace, il était alors tenu de porter le masque (de même que les personnes étant entrées dans son bureau).

### **108/ Quelle procédure l'employeur devait-il suivre pour valablement mettre en place une mesure de port de masques de protection anti-covid-19 en entreprise ?**

Une des questions du document «questions/réponses» du Ministère du travail détaillait les modalités pratiques à suivre par l'employeur sur ce point. Elle indiquait que l'employeur informait ses salariés des règles en vigueur en matière de port du masque par note de service, celle-ci valant adjonction au règlement intérieur pour les entreprises en ayant un.

La note de service était alors soumise aux mêmes règles de validité que celles qui prévalent à l'instauration d'un règlement intérieur : consultation préalable du CSE, publicité dans l'entreprise et communication à l'inspection du travail, délai d'un mois pour l'entrée en vigueur.

Pour autant, il était souligné qu'en cas d'urgence, les notes de service comportant des obligations relatives à la santé et à la sécurité pouvaient recevoir application immédiate. Pour cela, il fallait que les prescriptions soient immédiatement et simultanément communiquées au secrétaire du comité social et économique (CSE)

lorsqu'il existe ainsi qu'à l'inspection du travail (article L1321-5 du Code du travail).

Le document du Ministère du travail insistait sur le fait que l'employeur doit fixer de façon suffisamment précise, dans sa note de service, l'obligation de port du masque et les conditions dans lesquelles elle est appliquée, selon les recommandations du protocole national.

### **109/ Le protocole national sanitaire autorisait-il l'employeur à imposer à ses salariés, s'il l'estime nécessaire, un port généralisé du masque de protection au sein des locaux ou dans le cadre de la prestation de travail ?**

Non. D'après les connaissances actuelles, confronté à une situation de travail présentant un risque de transmission du virus par voie aérienne, l'employeur avait l'obligation de prendre les mesures prophylactiques les plus appropriées et pouvait donc imposer le port du masque à ses salariés lorsque ceux-ci ne se trouvaient pas isolés dans les locaux ou se déplacent en leur sein.

Lorsque le port du masque n'est pas un impératif absolu, il appartient à l'entreprise, en fonction de son activité et de l'analyse des risques en son sein, de décider d'instaurer une obligation généralisée du port du masque. Ce principe demeure applicable.

Dans les locaux individuels, l'employeur n'a jamais pu adopter une mesure d'obligation du port du masque, laquelle aurait certainement jugée disproportionnée : le salarié s'est toujours vu reconnaître une marge de liberté dans son bureau individuel de travail, lorsqu'il en dispose d'un.

### **110/ Un salarié pouvait-il valablement refuser de porter, dans les locaux de l'entreprise ou au lieu au sein duquel s'exerce la prestation de travail, un masque de protection lorsque celui-ci était imposé par l'employeur ?**

Non. Le salarié ne pouvait pas refuser de porter un masque de protection contre le covid-19 lorsque celui-ci était imposé par l'employeur, soit en application de dispositions légales ou réglementaires, soit en application de règles internes jugées nécessaires par le chef d'entreprise.

Deux situations pouvaient être mentionnées :

a) un salarié aurait pu ne pas avoir à porter de masque en démontrant que des problèmes respiratoires l'en empêchaient ou l'obligeaient à le retirer régulièrement. Une telle situation devait impérativement être justifiée médicalement par la présentation à l'employeur d'attestations médicales. Dans une telle hypothèse, l'aménagement du poste du salarié par l'employeur devait alors être envisagé (limitation des déplacements du salarié concerné, télétravail si cela était possible...).

b) la prise par l'employeur d'une mesure manifestement disproportionnée : le salarié devait évoquer des éléments faisant état d'une disproportion entre les mesures imposées par l'employeur (absence totale de contact avec d'autres salariés ou des tiers durant la prestation de travail) et l'exigence d'un port permanent d'un masque de protection. L'employeur devait alors être en capacité de justifier de la proportionnalité et de l'utilité des mesures de restrictions des libertés individuelles adoptées et ce par des considérations objectives tenant à la santé et la sécurité des salariés.

En cas de refus persistant et injustifié d'un salarié, l'employeur a alors la faculté d'user de son pouvoir disciplinaire, celui-ci, dans les cas les plus graves, pouvant alors conduire à un licenciement du salarié pour faute simple (ou sérieuse), voire pour faute grave.

### **111/ Le protocole national sanitaire imposait-il aux entreprises le respect d'un formalisme spécifique en matière d'organisation du travail ?**

Oui.

#### **A) La gestion des flux de personnel**

L'employeur avait l'obligation de réguler les flux de personnels afin d'éviter qu'un trop grand nombre de personnes ne se croisent dans des lieux fermés ou exigus.

#### **B) L'organisation des réunions professionnelles**

En matière d'organisations de réunions professionnelles, depuis le début de la crise sanitaire, le principe consiste à les faire réaliser à distance, sauf exception d'interprétation stricte. Il résultait du protocole national sanitaire que les réunions en audio ou en visioconférence devaient être privilégiées.

Lorsqu'elles avaient lieu en présentiel, elles devaient se tenir dans le respect des gestes barrières (le port du masque reste maintenu de manière impérative) et de distanciation physique, impliquant des opérations de ventilation et d'aération des locaux.

Lorsque les réunions professionnelles devaient se tenir en présentiel, le protocole national sanitaire imposait une règle de distanciation physique, ne se bornant pas seulement à en poser le principe : les personnes présentes devaient ainsi respecter une règle de distanciation d'au moins un mètre tout en portant le masque de protection anti-covid-19.

### **C) Respect du principe de distanciation physique**

Le paramétrage de la jauge à 4 m<sup>2</sup> par personne avait été retenu à titre indicatif afin de garantir une distance d'au moins un mètre autour de chaque personne dans toutes les directions.

Dans des situations dûment répertoriées, la distanciation entre deux personnes avait été portée à 2 mètres lorsque le masque ne pouvait pas être porté.

### **D) L'aération des locaux**

Il était recommandé de réaliser des mesures du dioxyde de carbone. Si le seuil de 800 ppm était dépassé, cela «*doit conduire à agir*», et si plus de 1000 ppm, «*l'évacuation du local doit être proposée*».

Lorsque l'aération des locaux était réalisée de façon naturelle (ce qui avait été recommandé par rapport à un système de ventilation mécanique), les portes et/ou fenêtres devaient être ouvertes au moins dix minutes toutes les heures (au lieu de cinq minutes comme le prévoyait jusqu'alors le protocole), de façon à assurer la circulation de l'air et son renouvellement.

### **E) Respect du port du masque anti-covid-19**

Le masque a toujours été considéré comme un équipement devant obligatoirement être porté en milieu fermé, cloisonné, notamment lorsque le respect de la distanciation sociale entre salariés n'est pas possible.

**Voir le protocole national sanitaire applicable au 28 février 2022 :**

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

## **112/ Le protocole national sanitaire prévoyait-il la mise en place de règles spécifiques en matière de restauration collective ou de prise de repas en entreprise ?**

Oui. Le protocole national sanitaire faisait référence à une fiche consultable sur le site du Ministère du Travail qui traitait de la prise de repas en entreprises, notamment en ce qui concerne la restauration collective.

Il y était précisé que les entreprises devaient privilégier la distribution de paniers repas (en informant donc en amont les salariés des menus...) que les salariés pouvaient prendre sur leur poste de travail ou dans un espace aménagé en respectant les règles de distanciation.

D'une manière plus générale, il était demandé aux employeurs d'inviter les salariés à déjeuner seuls que ce soit dans leur bureau individuel, dans les locaux du restaurant d'entreprise ou dans ceux aménagés à cet effet dans les locaux de l'entreprise.

La fiche précisait qu'il était recommandé à l'employeur de faire en sorte que soit respecté, dans les restaurants d'entreprises, une jauge maximale d'une personne pour 8m<sup>2</sup> et rappelait que les moments de convivialité étaient suspendus.

**Voir la fiche du Ministère du Travail relative à la restauration collective et à la prise de repas en entreprise :**

### **113/ Quel était l'impact du protocole national sanitaire sur la reprise du travail et l'exercice éventuel par les salariés de leur droit de retrait ?**

S'agissant des salariés travaillant en agglomération, l'employeur était encouragé à réaménager les horaires de ses salariés pour leur éviter d'emprunter les transports en commun aux heures de pointe.

Ce principe valait naturellement pour les personnels de conduite, lesquels devaient pouvoir reprendre l'activité, si celle-ci s'était arrêtée et recommence, dans les meilleures conditions de sécurité possibles (ce qui signifie qu'ils devaient pouvoir avoir à disposition des produits désinfectants et le cas échéant des gants et masques).

L'une des questions susceptibles de se poser résidait dans la réaction des salariés, ou de certains d'entre eux, à la situation liée au protocole national sanitaire. Certains salariés pourraient craindre les conditions de sécurité sanitaire soit à leur travail, soit dans le cadre de leur déplacement (utilisation des transports en commun par exemple).

Ces salariés seraient-ils fondés à invoquer leur droit de retrait ? S'agissant de la peur de l'absence de sécurité sanitaire dans les transports en commun, la réponse est négative. Les pouvoirs publics ont en effet mis en place des principes et règles de sécurité sanitaire spécifiques, et le droit de retrait n'est pas adapté à un tel motif. Un salarié qui userait d'un tel motif pour ne pas se rendre à son travail commettrait une faute.

S'agissant de la peur de l'absence de sécurité sanitaire sur le lieu de travail, à compter du moment où l'employeur justifie avoir mis en place les mesures de sécurité sanitaire préconisées par les pouvoirs publics, la crainte du salarié ne pourrait être considérée comme un motif raisonnable de croire qu'il existe un danger grave ou imminent pour sa santé ou sa sécurité lui permettant d'exercer son droit de retrait.

### **114/ Existait-il des dispositions spécifiques pour le retour ou la présence sur les lieux de travail des personnes dites vulnérables ?**

Oui. Pour rappel, les personnes dites vulnérables sont celles qui sont considérées comme les plus à risque de développer une forme grave du covid-19.

Le protocole national sanitaire a repris les mesures de protection renforcées de ces personnes qui sont prévues par le décret n°2021-1162 du 8 septembre 2021. Ces mesures sont les suivantes :

-l'isolement du poste de travail, notamment par la mise à disposition d'un bureau individuel ou, à défaut, son aménagement, pour limiter au maximum le risque d'exposition, en particulier par l'adaptation des horaires ou la mise en place de protections matérielles ;

-le respect, sur le lieu de travail et en tout lieu fréquenté par la personne à l'occasion de son activité professionnelle, de gestes barrières renforcés : hygiène des mains renforcée, port systématique d'un masque de type chirurgical lorsque la distanciation physique ne peut être respectée ou en milieu clos, avec changement de ce masque au moins toutes les quatre heures et avant ce délai s'il est mouillé ou humide ;

-l'absence ou la limitation du partage du poste de travail ;

-le nettoyage et la désinfection du poste de travail et des surfaces touchées par la personne au moins en début et en fin de poste, en particulier lorsque ce poste est partagé ;

-une adaptation des horaires d'arrivée et de départ et des éventuels autres déplacements professionnels, compte tenu des moyens de transport utilisés par la personne, afin d'y éviter les heures d'affluence ;

-la mise à disposition par l'employeur de masques de type chirurgical en nombre suffisant pour couvrir les trajets entre le domicile et le lieu de travail lorsque la personne recourt à des moyens de transport collectifs.

En l'absence de mise en œuvre de ces mesures, le salarié concerné pouvait saisir le médecin du travail qui se prononce, en recourant le cas échéant à l'équipe pluridisciplinaire de santé au travail, sur la possibilité de poursuite ou de reprise du travail en présentiel. Le salarié est, dans l'attente de l'avis du médecin du travail, placé en situation d'activité partielle.

### **115/ Le protocole national sanitaire a-t-il pris en considération le passe vaccinal mis en place par la loi du 22 janvier 2022 ?**

Le Ministère du Travail avait diffusé une version du protocole sanitaire en entreprise actualisée au 25 janvier 2022, pour intégrer l'entrée en vigueur du passe vaccinal, mis en place depuis le 24 janvier 2022.

Le protocole national sanitaire en entreprise a intégré l'obligation pour les travailleurs de certains

établissements recevant du public de présenter désormais un passe vaccinal (en lieu et place d'un passe sanitaire) depuis le 24 janvier 2022.

Le salarié devait présenter :

- soit un justificatif du statut vaccinal attestant d'un schéma vaccinal complet,
- soit un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par le covid-19,
- soit un certificat de contre-indication à la vaccination.

Le protocole prévoyait que l'employeur chargé de contrôler ce passe vaccinal pouvait, dans un souci de facilité de gestion, proposer aux salariés de lui présenter leur justificatif de statut vaccinal complet contre le covid-19 afin de conserver le résultat du contrôle et de délivrer au salarié un titre spécifique. C'est ce titre qui permettait ensuite une vérification simplifiée que le salarié est en règles à l'entrée de l'établissement.

Il rappelle les solutions qui existent si le salarié n'était pas en règles concernant son passe vaccinal : prise de jours de congés ou de RTT, ou bien suspension du contrat de travail.

Enfin, il était rappelé que l'employeur est tenu d'informer et consulter le CSE dès lors que la mise en œuvre du passe vaccinal affecte l'organisation de l'entreprise.

### **116/ Quelle était la valeur juridique du protocole national sanitaire et des questions-réponses édicté par le Ministère du travail pour le compléter ?**

#### **A) Le cadre juridique applicable**

**Par un important arrêt Gisti du 12 juin 2020**, le Conseil d'Etat a créé une nouvelle catégorie d'actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation devant le juge administratif : les documents dit «de portée générale», qui visent en substance, tous les documents de droit souple.

Trois critères sont posés par l'arrêt pour ouvrir la voie du recours en annulation :

- les documents doivent avoir une portée «générale», ce qui implique qu'ils aient vocation à s'appliquer à un nombre indéterminé de situations ;
- les documents doivent avoir été établis par des «autorités publiques» - ce qui semble exclure qu'ils puissent émaner de personnes privées, même exerçant une mission de service public ;
- enfin, ces documents doivent exercer une influence, en droit ou en fait, sur la situation des personnes concernées par le document litigieux.

Dans l'absolu, donc, des documents émanant des pouvoirs publics tels qu'un protocole national sanitaire, un questions-réponses, ou toute autre forme de communication normative peuvent être dotés d'une valeur juridique, ce qui implique qu'ils soient à la fois opposables aux justiciables (particuliers comme entreprises) et contestables en justice (qu'ils puissent donc faire l'objet de recours susceptibles d'aboutir, le cas échéant, à leur suspension ou à leur annulation).

#### **B) Le contenu du protocole national sanitaire et le positionnement du Ministère du travail**

Le protocole national sanitaire posait un ensemble de principes et de règles dont la mise en œuvre par l'entreprise et les salariés permettait d'établir le respect des principes généraux de prévention. C'est donc notamment sur le fondement du contenu de ce document que des contrôles des services des Inspections du Travail étaient susceptibles de s'exercer.

A cet égard, les termes du questions-réponses du Ministère du travail quant à la valeur juridique du protocole national sanitaire étaient sans équivoque. Le protocole national sanitaire constituait un document opposable à l'entreprise et dont l'application s'imposait à elle.

Il a ainsi été explicitement énoncé : «*Le protocole national, pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise, est un document de référence établi par le ministère du Travail et constitue la norme sanitaire applicable dans les entreprises*». Les recommandations qu'il comporte «*doivent être prises en considération par l'employeur pour la mise en œuvre des principes généraux de prévention qui lui incombe en application de l'article L.4121-2 du code du travail*».



Il appartenait à l'employeur par la voie du règlement intérieur ou par note de service portée à la connaissance de tous, de préciser – à la suite de l'analyse des risques effectuée et en privilégiant le dialogue social - les modalités permettant notamment la mise en œuvre de l'ensemble des gestes et mesures barrière identifiés.

Enfin, le protocole constituait également un document de référence pour l'inspection du travail.

Il semble résulter de ce qui précède que les entreprises ne respectant pas les règles et principes fixés par ce protocole national de déconfinement étaient en conséquence susceptibles de s'exposer à une mise en cause de leur responsabilité (civile et pénale, le cas échéant), au titre notamment du non-respect des mesures générales de protection de la santé physique et mentale des salariés.

### **C) La position du Conseil d'Etat**

La Haute Juridiction administrative s'est prononcée à deux reprises, non pas sur le fond, mais dans le cadre de deux ordonnances de référé, sur la problématique de la valeur juridique du protocole national sanitaire.

La première décision du Conseil d'Etat est une ordonnance de référé datant du 19 octobre 2020.

Dans cette affaire, une demande de suspension du protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise avait été formée le 23 septembre 2020 par une organisation professionnelle appartenant à la branche de la plasturgie.

L'organisation patronale considérait, notamment, que le protocole, en imposant l'obligation du port du masque en entreprise, méconnaissait le décret du 10 juillet 2020 en vertu duquel le port du masque n'est systématique que lorsque les règles de distanciation physique ne peuvent pas être garanties).

Ces arguments ont été rejetés par la Haute Juridiction administrative, qui a affirmé qu'il n'existait pas de doute sérieux sur la légalité du protocole au regard de la généralisation du port du masque.

La Haute Juridiction administrative a énoncé : *«le protocole constitue un ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle de l'obligation de se l'employeur dans le cadre de l'épidémie de covid-19 en rappelant les obligations qui existent en vertu du code du travail».*

Le Conseil d'Etat a conclu son raisonnement en excluant toute nécessité de procéder à une quelconque suspension de la mise en œuvre du protocole national sanitaire : *« (...) dès lors qu'en l'état des connaissances scientifiques, le port du masque dans les espaces clos est justifié et constitue, en combinaison avec des mesures d'hygiène et de distanciation physique et une bonne aération/ventilation des locaux, la mesure pertinente pour assurer efficacement la sécurité des personnes la suspension éventuelle du protocole n'aurait aucune incidence sur la mise en œuvre pratique légale de l'employeur et sur la charge financière qui en résulte».*

### **Voir l'ordonnance de référé du Conseil d'Etat du 19 octobre 2020 :**

<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-10-19/444809>

Dans une seconde décision (l'ordonnance de référé du 17 décembre 2020), le Conseil d'État a, de nouveau, rejeté la demande de suspension du protocole sanitaire en entreprise formée par un syndicat patronal (le même), qui contestait le principe du recours généralisé au télétravail.

L'organisation professionnelle estimait principalement que le protocole était entaché d'incompétence, en ce qu'il affirme par principe le caractère obligatoire du télétravail dans le cadre de la crise sanitaire, alors que seul le législateur est compétent pour, dans le cadre d'un texte de loi, consacrer un tel caractère impératif du télétravail.

Mais le Conseil d'Etat a réaffirmé que le protocole national sanitaire *«constitue un ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur dans le cadre de l'épidémie de covid-19 en rappelant les obligations qui existent en vertu du code du travail».*

Le Conseil d'État a estimé, à cet égard, que *«l'obligation de sécurité impose à l'employeur de revoir, au vu des risques et des modes de contamination induits par le virus du covid-19, l'organisation du travail, la gestion des flux, les conditions de travail et les mesures de protection des salariés»* et que *«l'appréciation du respect de cette obligation par l'employeur s'effectue nécessairement [...] en tenant compte de l'état des connaissances scientifiques en la matière».*

Ainsi, pour le Conseil d'État, «*si certains termes du protocole sont formulés en termes impératifs* », il a «*pour seul objet d'accompagner les employeurs dans leurs obligations d'assurer la sécurité et la santé de leurs salariés au vu des connaissances scientifiques sur les modes de transmission du SARS-CoV-2*».

La Haute Juridiction administrative est allée jusqu'à citer les éléments impératifs auxquels elle fait référence : «*Dans les circonstances exceptionnelles actuelles, liées à la menace de l'épidémie, le télétravail doit être la règle pour l'ensemble des salariés qui le permettent. Dans ce cadre, le temps de travail effectué en télétravail est porté à 100 % pour les salariés qui peuvent effectuer l'ensemble de leurs tâches à distance*».

Pourtant, le juge administratif n'a attaché aucune conséquence juridique à ce caractère impératif, et s'est cantonné à proclamer que le protocole sanitaire en entreprise n'avait pas de valeur obligatoire mais constituait uniquement un référentiel (à travers un ensemble de recommandations) permettant aux employeurs de remplir leur obligation de sécurité dans le cadre de l'épidémie de covid-19.

Pour le juge administratif, le protocole a pour seul objet d'accompagner les employeurs dans leurs obligations d'assurer la sécurité et la santé de leurs salariés au vu des connaissances scientifiques sur les modes de transmission du SARS-CoV-2 et n'a pas vocation à se substituer à l'employeur dans l'évaluation des risques et la mise en place des mesures de prévention adéquate dans l'entreprise.

À cet égard, Le Conseil d'Etat observe que le questions-réponses sur le télétravail, publié sur le site internet du ministère du travail dans sa version au 17 novembre 2020, indique «*qu'il appartient à l'employeur de mettre en œuvre les principes généraux de prévention, qu'il lui incombe dans ce cadre d'évaluer les risques et de mettre en œuvre des actions et moyens de prévention adaptés, que la mise en place du télétravail pour les activités qui le permettent participe des mesures pouvant être prises par l'employeur dans ce cadre et que l'employeur, qui reste tenu à une obligation de sécurité à l'égard du salarié placé en télétravail, doit être attentif au risque de situations de souffrance pouvant en résulter pour les salariés isolés et leur permettre le cas échéant de venir travailler sur leur lieu de travail*».

Il résulte clairement des prises de positions de la Haute Juridiction administrative que, faute d'être doté d'une valeur normative, la méconnaissance du protocole national sanitaire ne peut donc pas, en tant que telle, être directement sanctionnée par les agents de l'inspection du travail.

On peut en conclure que la référence à la notion de «*recommandation*» signifie que le protocole national sanitaire ne revêt aucun caractère obligatoire.

Pourtant, force est de constater l'existence d'une certaine ambivalence dans la position du Conseil d'Etat, puisque, dans son ordonnance de référé du 19 octobre 2020, il énonçait que le protocole, en ce qu'il «*a pour objet de contribuer à assurer la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de covid-19 et a vocation à s'adresser à l'ensemble des employeurs*», se rattache au champ des articles L4121-1 et suivants du Code du travail.

Le rattachement direct, par la Haute Juridiction administrative, du protocole national sanitaire aux principes de prévention des risques professionnels prévus par le Code du travail semblerait pourtant révéler un caractère normatif du document.

Il y a donc une hypocrisie certaine : le Conseil d'Etat admet que certains termes sont rédigés dans des termes impératifs (en dehors des clous habituels des textes réglementaires donc) mais estime que leur objet est seulement d'aider à l'employeur à remplir son obligation de sécurité.

Il est même permis d'être plus critique quant à la position du Conseil d'Etat : alors que les magistrats constatent que certains termes sont «*impératifs*», ils omettent de souligner que, s'agissant du télétravail, le contenu du protocole national sanitaire constitue même un ajout à toute obligation légale ou réglementaire. Le Code du travail permet simplement à l'employeur de décider, en cas de circonstances exceptionnelles (qui peuvent être liées, notamment, à une pandémie), de placer ses salariés (pour les postes qui le peuvent) en télétravail. En revanche, aucune disposition législative ne permet à l'Etat, en l'état actuel du droit, d'imposer aux entreprises la mise en télétravail de leurs salariés pour la totalité de leur temps de travail lorsque cela est possible.

Parmi les termes présentant un caractère impératif se trouvant dans le protocole national sanitaire, l'on peut trouver les éléments suivants :

«Conformément aux principes généraux de prévention en matière de protection de la santé et sécurité au travail, la reprise et la poursuite de l'activité dans les entreprises et établissements doivent conduire par ordre de priorité :

- A évaluer les risques d'exposition au virus ;
- A mettre en œuvre des mesures de prévention visant à supprimer les risques à la source ;
- A réduire au maximum les expositions qui ne peuvent être supprimées ;
- A privilégier les mesures de protection collective ;
- A mettre en place les mesures de protection des salariés répondant aux orientations du présent protocole».

Le protocole affirme donc explicitement que la poursuite de l'activité d'une entreprise ne peut être envisagée qu'au regard du respect des principes généraux de prévention en matière de prévention de la santé et sécurité au travail. Les termes du document renvoient même à l'impératif puisqu'il y est affirmé que «la reprise et la poursuite de l'activité (...) doivent conduire (...) à mettre en place les mesures de protection des salariés répondant aux orientations du présent protocole».

Cela signifie clairement que le contenu du protocole sert de base et de référence à toute mesure de prévention des risques professionnels liés au covid-19 adoptée par les entreprises. Pour autant, ce protocole ne saurait aucunement être assimilé à une disposition réglementaire «classique» (décret, arrêté).

Il doit également être relevé que la Haute Juridiction administrative a précisé qu'une éventuelle mise en demeure ou sanction émanant de la DIRECCTE à l'encontre d'une entreprise connaissait un unique fondement légal : l'obligation pour l'employeur d'évaluer les risques et de mettre en œuvre des moyens de prévention adaptés (article L4121-1 du Code du travail).

**Voir l'ordonnance de référé du Conseil d'Etat du 17 décembre 2020 :**

<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-12-17/446797>

#### **A RETENIR :**

**1) le protocole national sanitaire n'avait aucune valeur normative (ce qui signifie que l'Etat ne peut pas contraindre, en théorie, à 100% de télétravail, constat qui a toujours été en contradiction ouverte les déclarations récurrentes des pouvoirs publics en fonction des pics épidémiques expliquant dans, dans de tels cas, la mise en œuvre du télétravail n'était pas une option mais une obligation pour les entreprises dès lors que les postes occupés par les salariés le permettaient) ;**

**2) le protocole national sanitaire, puisqu'il était jugé comme étant dépourvu de valeur normative, ne pouvait en aucun cas être contesté : il ne pouvait pas être suspendu ou annulé alors même qu'il comportait, formellement, certaines obligations s'ajoutant aux obligations légales déjà existantes (ce qui constituait une véritable difficulté en termes de validité des normes) ;**

**3) en aucune façon, le protocole national sanitaire ne pouvait servir de base directe aux agents des Inspections du travail pour formuler des lettres d'observation, de mise en demeure ou adopter des sanctions à l'encontre des entreprises ;**

**4) le Conseil d'Etat, s'il a énoncé que la crise sanitaire imposait à l'employeur de revoir son organisation du travail en l'adaptant, n'a à aucun moment souscrit au principe du 100% télétravail. Il a en réalité renvoyé la responsabilité à chaque entreprise, en fonction de son mode ordinaire d'organisation, le soin de juger, d'après les conseils des pouvoirs publics, ce qui était le mieux pour son fonctionnement et la santé de ses salariés ;**

**5) Il a toujours été conseillé aux entreprises d'appliquer le protocole national sanitaire ainsi que les recommandations des pouvoirs publics émanant de documents tels que le questions-réponses du Ministère du Travail établi le 7 septembre 2020 (puis mis à jour) ;**

**Pour autant, les entreprises devaient être à même d'évaluer par elles-mêmes les besoins concrets en termes de présence d'effectifs permettant la continuité de leur activité dans des**

conditions de sécurité et d'efficacités suffisantes. La même observation s'appliquait au document qui est le questions-réponses établi par le Ministère du travail le 7 septembre 2020 (et mis à jour) dans la mesure où il avait vocation à poser le principe de prescriptions normatives envers les entreprises comme les salariés.

En définitive, en application des dispositions du Code du travail, les entreprises sont tenues au respect d'une obligation de sécurité, qui constitue une obligation de moyen renforcée. Toute entreprise optant pour des procédures différentes doit en conséquence pouvoir prouver, en cas de contrôle, que celles-ci sont au-moins aussi efficaces que les préconisations du protocole national sanitaire et qu'elles lui permettent de remplir son obligation de sécurité et d'assurer la santé des salariés.

## **Partie 12 : L'application aux entreprises, à compter du 14 mars 2022, du «guide-repère» établi par le Ministère du Travail**

### **117/ Le «guide repère des mesures de prévention des risques de contamination au covid-19» : de quoi s'agit-il ?**

Il s'agit d'un document très synthétique de deux pages établi par le Ministère du Travail qui se substitue, depuis le 14 mars 2022, au protocole national sanitaire qui était jusqu'alors en vigueur dans les entreprises.

Ce document se borne globalement à rappeler les principes généraux de prévention du risque professionnel lié au covid-19. Ce document est dépourvu de toute valeur juridique en tant que tel.

**Voir le document du Ministère du Travail :**

<https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/covid19-entreprises-guide-repere.pdf>

### **118/ Quel est le contenu du «guide repère des mesures de prévention des risques de contamination au covid-19» ?**

Le guide réaffirme que le respect de mesures d'hygiène y reste préconisé : lavage des mains, nettoyage des surfaces, aération des locaux.

Le document du Ministère du Travail apporte les précisions suivantes :

- les mesures de protection des salariés sont rappelées dans le protocole du ministère de la santé, auquel il renvoie ;
- les règles de gestion des cas contact et des cas positifs figurent sur le site ameli.fr ;
- le maintien de règles spécifiques pour les salariés vulnérables qui, sous certaines conditions, peuvent bénéficier de l'activité partielle.

Il rappelle aussi les principes généraux de prévention que les entreprises doivent mettre en œuvre, à savoir dans l'ordre :

- évaluer les risques d'exposition au virus ;
- mettre en œuvre des mesures de prévention pour supprimer les risques à la source ;
- réduire au maximum les expositions qui ne peuvent être supprimées ;
- privilégier les mesures de protection collective.

**A NOTER : Le guide repère précise bien qu'il n'y ait plus de mesure impliquant que l'employeur fasse en sorte que le masque soit porté par les salariés sur le lieu de travail, les salariés le souhaitant pourront continuer de porter un masque, sans que l'employeur puisse s'y opposer, tant que le virus continuera à circuler.**

La Ministre du Travail a renvoyé aux entreprises la décision et les modalités de recours au télétravail (ce positionnement étant sans changement par rapport à la situation actuelle). Plus globalement, il renvoie aux entreprises la responsabilité de la prise des mesures de prévention en application des dispositions du Code du travail.

Par ailleurs, le guide repère maintient le référent covid-19 au sein des entreprises. Celui-ci, qui peut être le dirigeant dans les entreprises de petite taille, poursuit donc ses missions (celles-ci n'étant pas modifiées).

## **119/ Quel l'impact du «guide repère» des pouvoirs publics sur la possibilité pour l'employeur de conserver certaines mesures de restrictions sanitaires ?**

### **A) L'impact de l'assouplissement des mesures de restrictions sanitaires sur le port de masques de protection anti-covid en entreprise par les salariés**

Depuis le 14 mars 2022, le port du masque n'est par principe plus obligatoire, que ce soit en intérieur ou en extérieur.

En conséquence, les employeurs ne sont plus tenus de prendre des mesures générales d'obligation de port du masque en espace intérieur partagé au sein des entreprises depuis le 14 mars 2022. Il s'agit donc d'un retour à la normale en la matière, même si ce guide n'a pas davantage de valeur contraignante, ni normative que les protocoles sanitaires publiés précédemment par le ministère du Travail.

Il n'en reste pas moins que l'employeur reste tenu d'une obligation légale de protection de la sécurité et de la santé des salariés sur leur lieu de travail. Il doit toujours évaluer les risques d'exposition des salariés au virus de la Covid-19, mettre en œuvre des mesures de prévention visant à supprimer les risques à la source, réduire au maximum les expositions à la Covid-19 et privilégier les mesures de protection collective, dans le cadre, selon le Ministère du Travail, d'un dialogue social interne portant notamment sur l'organisation du travail, l'aménagement des lieux de travail et les mesures d'hygiène à maintenir.

**Dans certaines circonstances particulières tenant à l'activité de l'entreprise**, l'employeur peut imposer la poursuite du port du masque par les salariés. À cette fin, l'employeur doit préciser l'obligation particulière de port du masque par les salariés dans une note de service de nature temporaire annexée au règlement intérieur ou dans le règlement intérieur lui-même, ce qui nécessite alors de consulter préalablement les institutions représentatives du personnel et de respecter des mesures de publicité, notamment l'affichage dans l'entreprise, le dépôt au conseil de prud'hommes et la communication à l'inspection du travail.

Si le risque de contamination sur le lieu de travail est réel et si l'obligation de port du masque dans l'entreprise a été régulièrement mise en œuvre, les salariés ne peuvent pas refuser de porter un masque sur leur lieu de travail. L'employeur a la faculté de sanctionner les salariés qui refuseraient de porter un masque. La sanction disciplinaire éventuelle doit toutefois être strictement nécessaire et proportionnée.

### **B) L'impact de l'assouplissement des mesures de restrictions sanitaires sur les dispositifs de télétravail**

Le guide repère du ministère du Travail ne prévoit ni obligation, ni recommandation de télétravail pour les salariés dont l'activité le permet.

Comme en matière de port du masque, il s'agit d'un retour à la situation normale antérieure à la crise sanitaire. A priori, à date, le télétravail ne peut plus être imposé par l'employeur aux salariés en se fondant sur les dispositions de l'article L1222-11 du Code du travail, qui prévoit qu'*«en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie [...], la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés»*, même si le virus continue à circuler et qu'une augmentation des contaminations quotidiennes a été constatée au cours des derniers jours.

Le télétravail est donc à nouveau encadré par l'accord collectif ou la charte applicable dans l'entreprise et, à défaut, dans le cadre d'un accord individuel entre l'employeur et le salarié.

### **D) La justification du maintien éventuel de mesures de restrictions sanitaires par l'employeur**

Elle réside dans l'obligation de moyen renforcée de l'employeur en matière de préservation de la santé et de la sécurité physique et mentale des salariés.

A cet égard, une analogie peut être effectuée avec un arrêt du Conseil d'Etat du 14 mars 2022 ayant trait à l'interdiction de l'alcool en entreprise.

Dans cette décision, il est précisé que l'employeur a la possibilité d'interdire dans le règlement intérieur toute introduction, distribution ou consommation de boissons alcoolisées dès lors que le risque est suffisamment caractérisé au regard des activités exercées sur le site concerné.

Autrement dit, l'employeur n'a pas besoin de justifier de risques déjà réalisés au sein de l'entreprise pour adopter des mesures de restrictions des libertés individuelles et collectives dès l'instant où celles-ci sont justifiées par l'intérêt de l'entreprise et proportionnées au but recherché.

La même réflexion peut être retenue pour le covid-19 : dans le cadre l'obligation de prévention des risques professionnels, notamment liée à un virus, l'employeur pourrait être en droit de maintenir, en fonction de circonstances particulières de travail, des restrictions sanitaires spécifiques alors même que celles-ci ne seraient prévues par aucun protocole sanitaire dédié ou aucune recommandation officielle.

## **Partie 13 : La gestion sociale par l'entreprise des conséquences économiques liées à la crise sanitaire**

### **120/ L'entreprise peut-elle unilatéralement décider de faire baisser les salaires de son personnel afin de faire face à la crise liée au Covid-19 ?**

Lorsqu'une entreprise se trouve en difficulté, voire en grande difficulté économique, du fait de la crise sanitaire résultant du Covid-19, la question posée est de savoir si l'entreprise concernée a la possibilité d'imposer aux salariés une diminution de leurs salaires.

#### **A) Le principe : Le salaire, élément essentiel du contrat de travail, ne peut pas être modifié unilatéralement par l'employeur**

La jurisprudence est constante sur ce point : la rémunération contractuelle fait partie des éléments essentiels du contrat de travail que l'employeur ne peut pas modifier sans l'accord préalable du salarié.

Il est donc absolument interdit de décider de diminuer le salaire des salariés sans leur accord, quand bien même l'entreprise serait en difficulté suite à la crise sanitaire. Aucune notion de droit des contrats ne peut être utilisée pour tenter de justifier une diminution forcée des salaires : la référence à la force majeure, par exemple, sera totalement inopérante, les juges n'acceptant pas que la notion soit utilisée pour délier l'entreprise de l'intégralité de ses obligations à l'égard des salariés.

Si une entreprise tente de procéder de la sorte, les salariés concernés seront fondés à prendre acte de la rupture de leurs contrats de travail aux torts de l'employeur, lequel sera condamné pour prise d'acte produisant les effets de licenciements sans cause réelle et sérieuse (avec les indemnités y afférentes).

#### **B) La possibilité de proposer aux salariés une diminution de leur rémunération contractuelle en cas de difficultés économiques**

L'article L1222-6 du Code du travail permet à l'employeur de proposer aux salariés la modification d'un élément essentiel de leurs contrats de travail en raison d'un motif économique (visé à l'article L1233-3 du Code du travail) tel que des difficultés économiques.

Ces difficultés peuvent être liées à l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel que :

- une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires ;
- des pertes d'exploitation ;
- ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation ;
- ou tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

Pour constituer un motif économique valable, la durée de la baisse de commandes ou de chiffre d'affaires, en comparaison avec la même période de l'année précédente, doit être au moins égale à :

- 1 trimestre (entreprise de moins de 11 salariés) ;
- 2 trimestres consécutifs (entreprise de 11 à 49 salariés) ;
- 3 trimestres consécutifs (entreprise de 50 à 299 salariés) ;
- 4 trimestres consécutifs (entreprise de 300 salariés ou plus).



## 121/ Une baisse des salaires des salariés est-elle possible par voie d'accord collectif d'entreprise ?

Oui. Depuis l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, l'employeur peut conclure des accords de performance collective, destinés à répondre aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise ou à préserver ou développer l'emploi.

### **A) L'objet de l'accord de performance collective**

L'accord de performance collective remplace et fusionne les accords de maintien dans l'emploi (AME), les accords de préservation ou développement de l'emploi (APDE) et les accords de mobilité interne (AMI). Toutefois, tous les accords susvisés conclus jusqu'au 23 septembre 2017 continuent d'être applicables jusqu'à leur terme.

Le nouvel accord de performance collective peut :

- aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;
- aménager la rémunération dans le respect des salaires minima hiérarchiques ;
- déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Il peut être négocié même si l'entreprise n'est pas confrontée à des difficultés économiques conjoncturelles, son objectif étant de permettre à celle-ci d'adapter ses ressources humaines aux réalités de son activité.

### **B) Modalités de négociation de l'accord de performance collective**

L'accord de performance collective est un accord de droit commun et sa validité est donc subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au CSE, (Comité Social Economique) quel que soit le nombre de votants.

À défaut, s'il est signé par un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant recueilli plus de 30% des suffrages exprimés, il doit être approuvé par une majorité de salariés (référendum).

En l'absence de représentation syndicale, ses modalités de négociation dépendent de l'effectif de l'entreprise :

#### **Entreprises de moins de 11 salariés :**

Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à 11 salariés, l'employeur peut proposer un projet d'accord aux salariés.

Tel que le texte est rédigé, l'employeur est le seul rédacteur de l'accord d'entreprise qu'il se propose de soumettre ensuite à la ratification du personnel.

La consultation du personnel doit être organisée à l'issue d'un délai minimum de 15 jours à compter de la communication du projet d'accord à chaque salarié.

Cette possibilité de négociation est étendue aux entreprises dont l'effectif habituel est compris entre 11 et 20 salariés, en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du CSE.

Dans les deux cas (entreprises de moins de 11 salariés et entreprises entre 11 et 20 salariés), lorsque le projet d'accord est approuvé à la majorité des deux tiers du personnel, il est considéré comme un accord valide.

**Entreprises entre 11 et 49 salariés :** L'accord de performance collective peut être signé :

- soit par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel, étant membre ou non de la délégation du personnel du CSE ;
- soit par un ou des membres titulaires de la délégation du personnel du CSE.

**Entreprises de 50 salariés et plus :** Dans les entreprises dont l'effectif habituel est au moins égal à 50 salariés, en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise, les membres titulaires de la délégation du personnel du CSE peuvent signer un accord de performance collective s'ils sont expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales.

La validité de l'accord est subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans le respect des principes généraux du droit électoral.

### **C) Contenu de l'accord de performance collective**

L'accord définit dans son préambule ses objectifs et précise les points suivants :

Conditions dans lesquelles les dirigeants salariés et les mandataires sociaux et actionnaires fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés (il pourra s'agir, par exemple, d'une diminution de la rémunération des dirigeants salariés et/ou d'une diminution des dividendes versés aux actionnaires)

Manière selon laquelle sont conciliées la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés

Accompagnement des salariés et possibilité de verser des sommes sur le compte personnel de formation (CPF) au-delà du montant minimal

Moyens d'information des salariés sur son application et son suivi pendant toute sa durée et examen de la situation des salariés à la fin de l'accord

Le contenu de l'accord peut prévoir des clauses contraires et incompatibles avec le contrat de travail initial du salarié.

Le contenu de l'accord s'impose au salarié sauf s'il refuse la modification de son contrat de travail.

### **D) Mise en œuvre de l'accord de performance collective**

L'employeur doit informer les salariés, par tout moyen (LRAR, lettre remise en mains propres,...), de l'existence et du contenu de l'accord, ainsi que du droit de chacun d'eux d'accepter ou de refuser l'application de cet accord à son contrat de travail.

Si le salarié accepte l'application de l'accord, ses stipulations se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles de son contrat de travail, y compris en matière de rémunération (sous réserve du respect des salaires minima hiérarchiques), de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Le salarié refusant l'application de l'accord à son contrat de travail dispose d'un délai d'un mois à compter de la date à laquelle il a été informé de l'existence et du contenu de l'accord et de son droit de l'accepter ou de le refuser pour faire connaître par écrit sa décision à l'employeur.

Ce refus l'expose à un licenciement reposant sur un motif spécifique constituant une cause réelle et sérieuse.

L'employeur dispose alors d'un délai de 2 mois à compter de la notification du refus du salarié pour engager une procédure de licenciement. Il doit appliquer la procédure de licenciement individuel pour motif personnel qui ouvre droit à l'assurance-chômage.

Enfin, le salarié licencié en raison d'une modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord bénéficie d'un abondement minimum de 100 heures de son compte personnel de formation.

A NOTER : dans son questions-réponses relatif à l'accord de performance collective, le Ministère du travail a précisé, que le refus d'un salarié en CDD de se voir appliquer les dispositions de l'accord de performance collective ne permettait pas de justifier la rupture anticipée de son contrat de travail.

## **122/ L'entreprise peut-elle procéder à des licenciements pour motif économique en invoquant une baisse d'activité liée à l'épidémie résultant du Covid-19 ?**

De manière générale, la crise sanitaire a largement dégradé les indicateurs financiers des entreprises. Or, pour le législateur, les critères caractérisant l'existence de difficultés économiques résident notamment dans les pertes d'exploitation, la dégradation de la trésorerie ou encore la dégradation de l'excédent brut d'exploitation.

Ceci étant, même lorsque ces critères sont établis, les juges, pour reconnaître l'existence de difficultés économiques, exigent une certaine persistance dans le temps des dites difficultés.

L'Assemblée Plénière de la Cour de cassation, dans un arrêt de principe du 8 décembre 2004, a énoncé que ne pouvaient caractériser des difficultés économiques des difficultés passagères. La seule exception admise par la jurisprudence à ce principe renvoie à la situation dans laquelle l'employeur parvient à démontrer que les difficultés qu'il rencontre sont d'une gravité telle qu'elles mettent en danger la pérennité de son exploitation (arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 25 novembre 2009).

Si l'employeur argue de la crise sanitaire résultant du Covid-19 pour justifier des licenciements économiques, sauf à ce que la pérennité même de l'entreprise soit menacée, il risque de se heurter à une période d'appréciation trop courte des difficultés économiques.

Ce risque sera d'autant plus conséquent si l'entreprise a placé ces salariés en activité partielle et que la décongestion de l'économie améliore ses indicateurs financiers.

La baisse des commandes ou du chiffre d'affaires permet également la justification de difficultés économiques, mais ce point est tempéré par le fait que le Code du travail fixe une période de référence précise pour la comparaison des indicateurs de l'entreprise.

Ainsi, l'article L1233-3 du Code du travail énonce-t-il notamment : *«Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :*

*a) Un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés ;*

*b) Deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés ;*

*c) Trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés ;*

*d) Quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus ;*

*2° A des mutations technologiques ;*

*3° A une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;*

*4° A la cessation d'activité de l'entreprise.*

*La matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise.»*

Ici, les PME se trouveront dans une situation où l'appréciation de leur état sera plus souple que pour ce qui concerne les grandes entreprises.

En effet, pour ces dernières, il y a tout lieu de penser que les juges, ainsi que l'administration du travail, exigeront qu'elles patientent plusieurs trimestres avant de caractériser de manière certaine des difficultés économiques.

A cet égard, il faut souligner que le motif tiré de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise peut constituer une alternative pertinente pour de nombreuses entreprises. Ce motif de licenciement pour motif économique est visé par l'article L1233-3 du Code du travail qui y fait explicitement référence de la manière suivante : *«3° A une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité (...).»*

Ce motif n'implique pas que l'entreprise démontre l'existence de difficultés économiques, mais seulement la nécessité de d'anticiper de telles difficultés (arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 27 janvier 2009).

Le recours à ce motif suppose une analyse de l'évolution à moyen et long terme du marché et du secteur concurrentiel de l'entreprise.

### **123/ L'entreprise peut-elle utiliser un mécanisme permettant de monétiser des jours de repos et de congés dans le cadre d'une solidarité financière entre les salariés ?**

Oui. Un accord d'entreprise ou de branche peut autoriser la monétisation des jours de repos conventionnels ou une partie des congés annuels excédant 24 jours ouvrables. Cette possibilité peut être mise en place :

a) sur décision de l'employeur : il peut imposer aux salariés placés en activité partielle et bénéficiant du maintien intégral de leur rémunération la monétisation de leurs jours de repos conventionnels ou de congés annuels en vue de les affecter à un fonds de solidarité, l'objectif étant de compenser la diminution de rémunération subie par les autres salariés placés en activité partielle.

b) sur demande du salarié : si le salarié est placé en activité partielle et qu'il souhaite compenser la diminution de sa rémunération, il peut demander la monétisation de ses jours de repos conventionnels ou de congés annuels.

Peuvent être monétisés les jours de repos conventionnels (les RTT, notamment) et les jours de congés payés excédant le congé annuel de 24 jours ouvrables (soit, en pratique, la 5e semaine de congés payés). Ces jours de repos et de congé doivent avoir été acquis mais non pris par les salariés. Peu importe qu'ils aient été placés sur un compte épargne-temps.

A NOTER : le nombre total de jours de congés et de repos qu'un même salarié peut monétiser (de manière volontaire et/ou obligatoire) est limité à 5.

### **124/ L'entreprise peut-elle bénéficier d'assouplissements quant aux modalités de recours à des contrats de travail dits «précaires» ?**

Oui.

Lors de la première période d'état d'urgence sanitaire, la loi n°2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses mesures liées à la crise sanitaire était venue modifier temporairement les règles du Code du travail relatives au CDD, à l'intérim et au prêt de main-d'œuvre.

Les règles dérogatoires étaient les suivantes :

Il était possible, depuis le lendemain de la publication de la loi, en ce qui concerne les CDD et les contrats de mission, de fixer par accord d'entreprise :

- le nombre maximal de renouvellements possible ;
- les modalités de calcul du délai de carence entre deux contrats ;
- les cas dans lesquels le délai de carence ne s'applique pas.

La loi avait également prévu qu'en ce qui concerne les contrats de mission, l'accord d'entreprise puisse autoriser le recours à des salariés temporaires dans des cas non prévus à l'article L1251-6, c'est-à-dire sans avoir à justifier d'un surcroît temporaire d'activité ou encore d'un remplacement d'un salarié absent...

Les dispositions de cette loi devaient prendre fin au 31 décembre 2020, mais le Gouvernement a décidé de les prolonger (sur la base de la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 l'y autorisant) via l'ordonnance n°2020-1597 du 16 décembre 2020.

Cette ordonnance prolonge jusqu'au 30 juin 2021 la possibilité, pour les accords d'entreprises, de fixer certaines règles relatives aux CDD et à l'intérim et de primer sur les dispositions des accords de branche.

### **125/ Le recours par les entreprises au prêt de main-d'œuvre pendant la période de crise sanitaire est-il facilité ?**

Oui.

En ce qui concerne le prêt de main-d'œuvre, l'ordonnance du 16 décembre 2020 révoit de prolonger jusqu'au 30 juin 2021 deux dispositions :

- celle permettant de conclure une convention de mise à disposition pour plusieurs salariés
- et celle relative aux horaires de travail.

En revanche, la possibilité d'informer et de consulter les CSE a posteriori a pris fin au 31 décembre 2020.

Enfin, l'ordonnance modifie la notion de but lucratif à compter du 1er janvier 2021 en supprimant la référence aux des secteurs d'activité listés par décret : désormais et jusqu'au 30 juin 2021, une entreprise qui recourt à l'activité partielle peut prêter de la main-d'œuvre sans que cela ne soit considéré comme un prêt de main-d'œuvre à but lucratif illicite, alors même que le montant facturé par l'entreprise prêteuse à l'entreprise utilisatrice serait inférieur aux salaires versés au salarié, aux charges sociales afférentes et aux frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de sa mise à disposition temporaire, ou serait égal à zéro.

## **126/ Dans quelle mesure les entreprises peuvent-elles invoquer la crise sanitaire pour imposer aux salariés la prise de jours de repos, modifier les dates des congés payés ou modifier les dates de jours de repos, et ce par dérogation aux dispositions conventionnelles et légales applicables ?**

La question a été débattue suite à l'ordonnance n°2020-323 du 25 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière de congés payés, de durée de travail et de jours de repos.

Ce texte permettait aux entreprises, lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifiait, eu égard aux difficultés économiques liées à la propagation du Covid-19, d'imposer aux salariés, nonobstant les dispositions légales ou conventionnelles applicables :

- de prendre des jours de repos acquis au titre de la réduction du temps de travail ;
- de prendre des jours de repos prévus par une convention de forfait ;
- de prendre des jours de repos résultant de l'utilisation des droits affectés sur le compte épargne-temps du salarié.

Cette ordonnance permettait également à l'employeur modifier unilatéralement les dates de prise de jours de repos déjà fixées. Le nombre de jours concernés était limité à dix.

### **La chambre sociale de la Cour de cassation, saisie sur l'application de ces dispositions, s'est prononcée pour la première fois sur le sujet dans un arrêt de principe du 6 juillet 2022.**

Deux sociétés avaient mis en œuvre les dispositions de l'ordonnance. La juridiction de première instance leur avait donné gain de cause, mais la Cour d'appel avait rendu un arrêt infirmatif, considérant que les sociétés ne pouvaient pas valablement recourir à cette ordonnance.

La cour d'appel de Paris, pour décider que les mesures prises par les sociétés constituaient un trouble manifestement illicite, avait relevé que les sociétés invoquaient la nécessité d'adapter leur organisation, face à une augmentation inattendue de l'absentéisme tenant au fait qu'une partie de leurs collaborateurs se trouvait à leur domicile sans pouvoir exercer leur activité en télétravail, d'aménager les espaces de travail et d'adapter le taux d'occupation des locaux en raison des conditions sanitaires.

La Cour d'appel avait ajouté que la nécessité d'adapter leur organisation ne permettait pas de caractériser l'existence de difficultés économiques liées à la propagation du covid 19 et permettant le recours à l'ordonnance.

La Cour de cassation n'a pas été de cet avis et a censuré sur ce point l'arrêt de la Cour d'appel. Elle a, dans son arrêt, promis à la plus large publication, posé plusieurs principes :

- elle a estimé que le recours aux mesures prévues par les articles 2 à 4 de l'ordonnance n'était pas limité à la seule situation de difficultés économiques, notamment telles qu'elles sont définies en matière de licenciement économique, ou aux problèmes de trésorerie ;
- elle a considéré que ces dispositions pouvaient être mobilisées par l'employeur lorsque la crise sanitaire avait un retentissement sur le fonctionnement de l'entreprise.

A cet égard, la Haute Juridiction a admis que les difficultés d'organisation du travail en lien avec la crise sanitaire puissent constituer un motif suffisant pour recourir à ces mesures dérogatoires, reprochant aux juges du fond de n'avoir pas établi en quoi les éléments tirés de l'obligation d'adapter l'organisation du travail, face à une augmentation inattendue de l'absentéisme tenant au fait qu'une partie des salariés se trouvait à leur domicile sans pouvoir exercer leur activité en télétravail, de la nécessité d'aménager les espaces de travail et d'adapter le taux d'occupation des locaux en raison des conditions sanitaires, n'étaient pas de nature à justifier le recours aux mesures permises par l'ordonnance.

La Cour de cassation a, enfin, réaffirmé la règle de preuve classiquement applicable lorsque l'employeur entend mobiliser un dispositif dérogatoire au droit commun : il lui incombe de prouver la réalité du retentissement de la crise sanitaire sur le fonctionnement de l'entreprise, sans que le juge puisse substituer son appréciation à celle de l'employeur sur le choix de recourir à ces mesures dérogatoires si cette preuve est rapportée.

**Voir l'arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 2022 :**

## **Partie 14 : La gestion administrative de la crise sanitaire**

### **127/ Prévention du coronavirus : quels sont les principes posés par la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) en matière de collecte de données relatives à la santé des salariés ?**

#### **A) Lignes directrices élaborées par la CNIL concernant la mise en place de dispositifs de traitements de données liées à la crise sanitaire**

En application des dispositions des articles 4 et 9 du règlement européen 2016/679 du 27 avril 2016, les données relatives à la santé du salarié font partie des «données sensibles», dont le traitement est en principe interdit, sauf notamment quand le traitement est nécessaire aux fins de l'exécution des obligations et de l'exercice des droits propres au responsable du traitement ou à la personne concernée en matière de droit du travail, de la sécurité sociale et de la protection sociale.

La CNIL s'est à plusieurs reprises prononcée sur les lignes directrices devant être suivies et respectées par les entreprises dans le cadre de la crise sanitaire. Ces lignes sont les suivantes :

a) conformément au RGPD, les employeurs ont le droit de traiter des données personnelles, notamment lorsqu'elles sont strictement nécessaires au respect de leurs obligations légales (en l'espèce, l'obligation de santé-sécurité liée à la crise sanitaire) ;

b) peuvent être demandées aux salariés toutes informations relatives à leur éventuelle exposition. La CNIL considère en effet que chaque salarié est tenu d'informer son employeur en cas de suspicion de contact avec le virus.

**Il existe cependant une nuance importante à ce principe** : la CNIL rappelle que seuls les personnels de santé compétents (notamment la médecine du travail) peuvent collecter, mettre en œuvre et accéder à d'éventuels fiches ou questionnaires médicaux auprès des employés/agents contenant des données relatives à leur état de santé ou des informations relatives notamment à leur situation familiale, leurs conditions de vie ou encore, leurs éventuels déplacements.

c) en cas de signalement, un employeur peut consigner la date et l'identité de la personne suspectée ainsi que les mesures organisationnelles prises (confinement, télétravail...). Dans le cadre d'un tel traitement des signalements, l'employeur peut uniquement exploiter les données suivantes :

- les éléments liés à la date et à l'identité de la personne ;
- ceux liés au fait qu'elle ait indiqué être contaminée ou suspecter de l'être ;
- les mesures organisationnelles prises.

A NOTER : l'identité de la personne susceptible d'être infectée ne doit pas être communiquée aux autres salariés.

d) aucun traitement de données relatives à la santé des salariés ne doit pas porter d'atteinte excessive à la vie privée des salariées.

Par conséquent, est interdite la collecte systématique et généralisée des informations relatives à la recherche d'éventuels symptômes (enquêtes, demandes individuelles) des salariés et/ou de leurs proches. En aucune façon, par exemple, un donneur d'ordre ne peut valablement se constituer un fichier comportant les identités des conducteurs dont la fonction consiste à se rendre sur le site dans le cadre du chargement et déchargement.

#### **B) Vérification de la température des salariés et dispositifs de constitution de fichiers de conservation de données de santé des salariés**



Il est interdit aux employeurs de constituer des fichiers, informatique ou papier, conservant des données de températures de leurs salariés (ou relatifs à certaines pathologies susceptibles de constituer des troubles aggravants en cas d'infection au covid-19).

La CNIL prohibe également toute mise en place d'outils de captation automatique de température (ex. : caméras thermiques).

En revanche, des prises manuelles de température à l'entrée d'un site (ex. : au moyen d'un thermomètre manuel de type infrarouge sans contact) et sans constitution d'un fichier ni remontée d'information sont possibles au regard du RGPD.

Mais, en aucune façon, l'employeur ne peut mettre en place des relevés obligatoires des températures corporelles de chaque salarié/visiteur à adresser quotidiennement à sa hiérarchie ni procéder à la constitution de fichiers conservant des données de température des salariés.

### **C) Impossibilité pour l'employeur d'avoir accès aux résultats des tests de dépistage du covid-19**

Les résultats des tests médicaux, sérologiques ou de dépistage du covid-19 relèvent du secret médical.

Ainsi, l'employeur ne peut recevoir que l'éventuel avis d'aptitude ou d'inaptitude à reprendre le travail émis par le professionnel de santé. Il ne peut alors traiter que cette seule information, sans autre précision relative à l'état de santé du salarié, comme pour n'importe quel arrêt maladie (un arrêt maladie n'indique pas la pathologie dont le salarié est atteint).

## **128/ Existe-t-il un traçage mis en place par les pouvoirs publics dans le cadre de la lutte contre la pandémie de covid-19 ?**

Oui.

Certaines données collectées dans le cadre du dispositif de suivi des malades et de traçage des contacts contre l'épidémie de Covid-19 peuvent être conservées jusqu'au 31 décembre 2021. Il s'agit de données rendues non identifiantes utilisées à des fins de surveillance épidémiologique et de recherche sur le virus.

Autorisés à l'origine jusqu'au 10 janvier 2021, les 2 systèmes, SI-DEP (Service intégré de dépistage et de prévention) et Contact Covid, avaient été prolongés une première fois jusqu'au 1er avril 2021. La loi du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire allonge la durée de leur mise en œuvre. Le point sur ces systèmes en place.

Régis par le décret du 12 mai 2020, il existe deux systèmes où sont collectées des données :

-SI-DEP liste les personnes par l'enregistrement systématique des résultats des tests pratiqués par l'ensemble des laboratoires et structures autorisés à réaliser le diagnostic de Covid-19 (laboratoires hospitaliers, laboratoires de biologie médicale de ville, laboratoires vétérinaires agréés, etc.) ;

-Contact Covid recense les « patients zéro » (les personnes infectées) et les « cas contact » (les personnes avec qui elles ont eu un contact).

Initialement autorisés jusqu'au 10 janvier 2021, ces 2 systèmes ont été successivement prolongés jusqu'au 1er avril 2021, puis jusqu'au 31 décembre 2021.

### **A) Quelles sont les données figurant dans SI-DEP ?**

Les données concernant les personnes ayant fait l'objet d'un examen de dépistage du Covid-19 sont les suivantes :

-les données d'identification : nom, prénom, sexe, date de naissance, lieu de naissance... ou tout autre numéro permettant d'identifier le patient de manière certaine ;

-les données de situation permettant aux agents de prioriser les appels par degré d'urgence : professionnel de santé, résident dans un hébergement collectif, hospitalisé dans un établissement de santé, date d'apparition de ses premiers symptômes ;

-les coordonnées du patient (adresse postale, numéro de téléphone, courriel) ;

-les coordonnées des médecins responsables ;

-la date et l'heure du prélèvement et les résultats de l'examen.

## **B) Quelles sont les données figurant dans Contact Covid ?**

Enregistrées par les médecins généralistes, les biologistes médicaux, les pharmaciens, les infirmiers et les enquêteurs sanitaires de la Caisse nationale de l'assurance maladie (CNAM), de Santé publique France et des Agences régionales de santé (ARS), les données concernant les patients «zéro», les «cas contact» et les personnes «co-exposées» sont notamment :

- les données d'identification (noms, prénoms, date de naissance, sexe) et le numéro de sécurité sociale et de rattachement ;
- les coordonnées de contact et relatives à l'hébergement ;
- les coordonnées et la spécialité du médecin à l'origine de l'inscription dans le traitement de données et les coordonnées du médecin traitant ou du médecin désigné par le patient pour assurer sa prise en charge le cas échéant ;
- les données concernant la santé strictement limitées au statut virologique ou sérologique des personnes et le cas échéant, l'existence de symptômes et la date de leur apparition ;
- les données relatives à la situation de la personne au moment de son dépistage (hospitalisée, à domicile ou déjà à l'isolement) ;
- les données nécessaires à la réalisation des enquêtes sanitaires pour établir notamment des chaînes de transmission ou «clusters» (la profession, la fréquentation ou non d'une collectivité comme un rassemblement de plus de 6 personnes, une crèche, un établissement scolaire, un Ehpad, un établissement pénitentiaire, une structure d'hébergement touristique... ainsi que la réalisation d'un voyage récent hors de sa région et de son État de résidence) ;
- la déclaration d'un besoin en accompagnement social et d'appui à l'isolement.

## **C) Quelles sont les modalités de protection des données personnelles fixées par l'Etat ?**

La collecte des données cesse le 31 décembre 2021. Après leur collecte, les données sont supprimées au bout de 3 mois et n'alimentent pas l'application Stop Covid.

Concernant les usages épidémiologiques et de recherche, les données sont pseudonymisées (suppression des nom, prénom, etc.) afin d'assurer la confidentialité de l'identité des personnes. Rendues ainsi non identifiantes, elles peuvent être conservées jusqu'au 31 décembre 2021. Leur utilisation est réservée à la surveillance épidémiologique aux niveaux national et local dans les traitements mis en œuvre par : l'Agence nationale de santé publique et les ARS, la direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques du ministère des Solidarités et de la Santé, la CNAM, le service de santé des armées.

Les collaborateurs de la CNAM chargés d'identifier les personnes contact et de les appeler doivent appliquer des consignes strictes d'information des personnes appelées sur leurs droits en matière de communication de données.

Seuls des professionnels astreints au secret professionnel ont accès aux données : les médecins ayant prescrit le test ou assurant le suivi des personnes, les collaborateurs et les prestataires strictement habilités par la CNAM, Santé publique France et les ARS et les médecins du travail.

Les laboratoires de biologie médicale et les pharmaciens accèdent aux seules données d'identification et de contact des personnes pour pouvoir assurer la réalisation de tests ou la dispensation de masques pris en charge par la Sécurité sociale.

Depuis le 21 janvier 2021, les cellules des préfectures dédiées à l'accompagnement social des personnes dans le cadre de la gestion de l'épidémie de covid-19 sont destinataires des données d'identité, des coordonnées téléphoniques, de l'adresse électronique, de l'adresse de résidence d'un «patient zéro», d'une personne évaluée comme «contact à risque de contamination» ou d'une personne «co-exposée», ainsi que de leur déclaration d'un besoin d'accompagnement social et d'appui à l'isolement et de leur déclaration d'un besoin d'accompagnement sanitaire à l'isolement, sous réserve du consentement des personnes intéressées.

Le patient est libre de communiquer ou non les informations qui lui sont demandées pour stopper l'épidémie.

À l'exception des coordonnées et du résultat du test du patient malade, qui sont indispensables à l'existence même du dispositif, l'ensemble des autres informations recueillies dans le système le sont sur la base des déclarations volontaires des personnes positives au Covid-19 et de leurs contacts.

La divulgation de l'identité du patient infecté aux personnes avec lesquelles il a été en contact et qui sont susceptibles d'être infectées n'est possible qu'avec son consentement.

Les personnes peuvent s'opposer à la réutilisation de leurs données pour des études ou des évaluations.

## **Partie 15 : Les mesures de soutien aux entreprises dans la gestion, l'organisation et le développement de leur activité dans le cadre de la crise sanitaire**

### **129/ Existe-t-il un soutien de l'Etat aux TPE-PME en matière de prestation de conseil en ressources humaines ?**

Oui. Il existe un dispositif (antérieur à la crise sanitaire) en matière de prestation de conseil en ressources humaines (PCRH) pour les TPE-PME. Ce dispositif d'aide a été renforcée par une instruction de la DGEFP (Direction Générale de l'Emploi et de la Formation Professionnelle) le 4 juin 2020 et devait prendre fin au 31 décembre 2020.

Mais, en raison de la situation sanitaire, la DGEFP a élaboré une instruction du 23 mars 2021 qui proroge le bénéfice de ce dispositif jusqu'au 31 décembre 2021.

#### **A) Qu'est-ce que la prestation de conseil en ressources humaines (PCRH) ?**

La prestation de conseil en ressources humaines (PCRH) s'adresse à toute entreprise de moins de 250 salariés n'appartenant pas à un groupe de plus de 250 salariés, et en priorité aux PME de moins de 50 salariés et aux TPE de moins de 10 salariés non-dotées d'un service ressources humaines (RH).

La prestation de conseil en RH vise la sensibilisation, l'accompagnement, la professionnalisation et l'outillage de la TPE-PME en matière de RH. Il ne s'agit pas d'une formation au sens du Code du travail, ni d'une formation en droit du travail ou de coaching. L'intervention doit permettre la mise en place d'un plan d'action impliquant toutes les parties prenantes de l'entreprise.

Cet accompagnement personnalisé aux TPE-PME doit permettre de répondre à leurs besoins en matière de gestion des ressources humaines (RH) et de les encourager à adapter leurs pratiques à leurs besoins et de leur permettre de trouver l'appui et les conseils nécessaires pour structurer leur fonction RH ou pour organiser une mutualisation de certaines compétences, notamment RH, avec d'autres entreprises.

La prestation est ajustée pour répondre aux besoins en gestion des RH plus particulièrement dans le cadre de la crise sanitaire. La prestation RH préexistante est renforcée dans le contexte actuel de crise et doit permettre :

- de contribuer au maintien et au développement de l'emploi et des compétences dans la période de crise et de reprise économique, notamment pour les entreprises dont les salariés ont été indemnisés au titre de l'activité partielle ou qui ont bénéficié d'une convention de FNE formation ;
- d'aider l'entreprise à adapter son organisation du travail et sa gestion des ressources humaines au contexte de crise et de reprise progressive, en lien avec sa situation financière et sa stratégie de développement économique,
- de co-construire des outils et un plan d'actions partagé par les acteurs de l'entreprise (direction-salariés-représentants des salariés lorsqu'ils existent) sur des thématiques spécifiques identifiées avec l'entreprise ;
- d'accompagner la mise en œuvre des actions en rendant l'entreprise autonome et en lui permettant l'appropriation des outils mis à sa disposition.

#### **B) L'objet de l'instruction de la DGEFP du 23 mars 2021**

L'objet de l'instruction est de proroger les mesures de soutien aux entreprises en la matière. Ainsi, raison de la prolongation de l'encadrement temporaire sur les aides d'Etat dans le contexte de la crise du Covid-19 et du régime cadre temporaire pour le soutien aux entreprises, les modalités temporaires de financement et de

cofinancement de la prestation conseil en ressources humaines applicables en 2020 sont reconduites jusqu'au 31 décembre 2021.

La prestation conseil en RH peut être prise en charge par des fonds publics à hauteur de 50 % maximum (éventuellement davantage sous conditions) de son coût total hors taxe.

Le montant pris en charge par l'Etat (part Etat) reste plafonné à un maximum de 15 000 € HT par entreprise ou collectif d'entreprises. Les cofinancements, notamment avec les OPCO, sont encouragés afin de minimiser le plus possible le reste à charge des entreprises touchées par la crise.

Les prestations devront avoir été réalisées avant le 31 décembre 2022. Elles pourront porter sur l'ensemble des thématiques présentées dans cette instruction.

**Voir l'Instruction DGEFP/MADEC/2021/70 du 23 mars 2021 relative à la prestation «conseil en ressources humaines » pour les très petites entreprises (TPE) et les petites et moyennes entreprises (PME) :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=45149>

## **Partie 16 : L'état d'urgence sanitaire**

### **130/ L'état d'urgence sanitaire : de quoi s'agit-il ?**

#### **A) Définition et régime juridique de l'état d'urgence sanitaire**

Les dispositions relatives à cette notion sont codifiées aux articles L3131-12 à L3131-20 du Code de la santé publique, créés par la loi 23 mars 2020 et modifiés par la loi du 11 mai 2020.

L'état d'urgence sanitaire est un régime juridique spécial, créé par la loi du 23 mars 2020, applicable en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population, selon des modalités précises.

L'état d'urgence sanitaire peut être déclaré pour une durée maximale d'un mois par décret en conseil des ministres, sur le rapport du ministre de la Santé. Le décret détermine le territoire sur lequel il s'applique. Sa prorogation doit être autorisée par la loi qui fixe sa durée. Le mode de déclaration et de prorogation est donc le même que celui de l'état d'urgence «classique» (non sanitaire) de la loi du 3 avril 1955.

Il peut être mis fin à l'état d'urgence sanitaire par décret en conseil des ministres avant l'expiration du délai fixé par la loi le prorogeant.

Dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut, par décret, aux seules fins de garantir la santé publique :

- réglementer ou interdire la circulation des personnes et des véhicules et réglementer l'accès aux moyens de transport et les conditions de leur usage ;
- interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé ;
- ordonner des mesures ayant pour objet la mise en quarantaine des personnes susceptibles d'être affectées ;
- ordonner des mesures de placement et de maintien en isolement, à leur domicile ou tout autre lieu d'hébergement adapté, des personnes affectées ;
- ordonner la fermeture provisoire et réglementer l'ouverture, y compris les conditions d'accès et de présence, d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion, en garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité ;
- limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique ainsi que les réunions de toute nature ;
- ordonner la réquisition de toute personne et de tous biens et services nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire ;
- prendre des mesures temporaires de contrôle des prix de certains produits rendues nécessaires pour prévenir ou corriger les tensions constatées sur le marché de certains produits ;
- prendre toute mesure permettant la mise à la disposition des patients de médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire ;

-prendre toute autre mesure réglementaire limitant la liberté d'entreprendre.

L'état d'urgence sanitaire entraîne également la réunion d'un comité de scientifiques, dont le président doit être nommé par décret du Président de la République. Le comité doit rendre des avis publics sur les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ; il est dissous lorsque cet état d'exception prend fin.

En raison des évolutions de la pandémie, l'état d'urgence sanitaire a plusieurs fois été remis en place par les pouvoirs publics. La France, en l'état actuel du droit, n'est en situation d'état d'urgence sanitaire depuis le 2 juin 2021. Le régime d'état d'urgence sanitaire pourrait cependant être restauré en cas de nouvelle aggravation pandémique.

### **131/ Les entreprises sont-elles tenues de stocker des masques de protection dans le cadre de la politique de prévention de la pandémie résultant du covid-19 ?**

Il existe une préconisation des pouvoirs publics en la matière, bien que, juridiquement, il n'existe aucune disposition de caractère impératif l'imposant aux entreprises.

Dans une note du 23 juillet 2020, publiée le 27 juillet, édictée par le Ministère des Solidarités et de la Santé, le Ministère du Travail et le Ministère de l'Economie et des Finances, les pouvoirs publics invitent les entreprises à mener une politique de stockage de masques de protection sur une période de 10 semaines afin d'être en mesure de prévenir une résurgence de la pandémie de covid-19.

En prévision d'une reprise de l'épidémie de Covid-19, les ministres de la Santé et du Travail, ainsi que la ministre déléguée auprès du ministre de l'Économie chargée de l'industrie, recommandent conjointement aux entreprises de constituer un stock de masques de protection pour une durée de 10 semaines.

Il est conseillé d'évaluer le stock en prenant en compte les situations dans lesquelles le respect de la distanciation physique d'un mètre entre deux personnes (ex. : collègues, clients, prestataires) ne peut pas être garanti.

Dans la note du 23 juillet 2020, les pouvoirs publics précisent que «*l'employeur peut également décider de généraliser le port collectif du masque au sein de l'entreprise en complément des gestes barrières*».

La note rappelle que les entreprises peuvent décider de se procurer tout type de masques considérés comme des masques de protection qui soient conformes aux normes européennes.

À cette fin, les entreprises peuvent se rapprocher de la direction générale des entreprises (DGE) pour obtenir la liste des entreprises françaises susceptibles de fournir des masques lavables, ou pour faire le lien avec les entreprises françaises ou européennes productrices de masques chirurgicaux.

Les entreprises dont le fonctionnement nécessite le port de masques FFP2 ou FFP3 doivent aussi s'assurer de la disponibilité de ces équipements de protection individuelle en cas de reprise de l'épidémie.

Pour rappel, la DGE et la Direction générale du travail (DGT) ont publié sur Internet une FAQ sur les masques de protection ([https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/enjeux/covid-19/faq\\_masques.pdf](https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/enjeux/covid-19/faq_masques.pdf)).

## **Partie 17 : Les mesures d'exception (couvre-feu, confinement, fermetures des frontières, autres) adoptées pendant la période d'état d'urgence sanitaire**

### **132/ A quelles conditions l'Etat peut-il mettre en place, sur tout ou partie du territoire national, un dispositif de couvre-feu ?**

Le décret déclarant l'état d'urgence sanitaire, qui constitue le socle juridique permettant d'établir ce couvre-feu, est paru au Journal officiel du jeudi 15 octobre 2020.

En droit, la mesure de couvre-feu peut être adoptée par deux formes différentes :  
-soit par un arrêté préfectoral,

-soit par une modification du décret (hypothèse probable si on dépasse le territoire de la ville de Paris).

### **133/ Quelles sont les modalités et les conséquences de la mise en place de dispositifs de couvre-feu sur tout ou partie du territoire ?**

La plupart des arrêtés de couvre-feu pris à ce jour ont été des arrêtés municipaux. Il faut rappeler que le mécanisme du couvre-feu consiste à interdire de manière extrêmement stricte tout déplacement de la population entre certains horaires déterminés (exception faite pour les services jugés essentiels à la Nation- déplacements de soins, alimentaires, maintien des services publics indispensables, etc...).

Selon l'article L2212-2 5 du Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT), la police municipale a notamment pour mission «*le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires (...) les fléaux calamiteux (...) tels que les maladies épidémiques ou contagieuses, de pourvoir d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours*».

Le maire peut donc justifier de son intervention alors même que l'état d'urgence sanitaire créé par les pouvoirs publics, et mis immédiatement en application, ne prévoit pas de compétence particulière pour ce qui le concerne.

Certaines préfectures ont alerté les maires de départements concernés de l'éventuelle illégalité des mesures de couvre-feu adoptées.

En effet, la lutte contre le coronavirus relève d'un pouvoir de police spéciale dévolue à l'Etat et à son représentant dans le département. Dans ce contexte, le maire ne peut intervenir au titre de ses pouvoirs de police générale qu'en cas de situation d'extrême urgence créant un péril particulièrement grave et imminent" (arrêt du Conseil d'Etat Commune de Badinières, 10 octobre 2005).

Plusieurs tribunaux administratifs (TA) ont suspendu, dans certaines communes, des arrêtés municipaux imposant, dans certaines communes, des mesures plus restrictives que celles édictées ou préconisées par les pouvoirs publics (TA de Caen, 31 mars 2020, TA de Montreuil du 3 avril 2020 et TA de Cergy-Pontoise du 9 avril 2020). Si ces décisions ont pu surprendre, force est néanmoins de constater qu'elles correspondent à la jurisprudence classique du Conseil d'Etat.

La Haute Juridiction administrative n'exclut pas la compétence des maires même dans un domaine qui relève des prérogatives de police spéciale de l'État. Il est depuis longtemps admis que les maires disposent d'un pouvoir de police générale (arrêt du Conseil d'Etat du 18 décembre 1959).

Néanmoins, dans de telles circonstances, les maires décidant de mettre en place des mesures plus restrictives sur leurs territoires devront pouvoir justifier de circonstances locales (autrement dit, d'un risque de trouble à l'ordre public spécifique au territoire de la commune). C'est le sens de l'ordonnance du Conseil d'Etat du 22 mars 2020 (Syndicat des Jeunes Médecins).

Les conséquences de mesures de couvre-feu, pour les activités de transports routiers, sont aujourd'hui délicates à identifier. Il est vraisemblable que cela contribue nécessairement à ralentir les activités de transports routiers sur certaines parties du territoire national et à certaines heures, ainsi que pour certains types de transports (transports jugés essentiels).

Enfin, en termes de sanctions, le non-respect de l'arrêté d'un maire est sanctionné par une contravention de 1ère classe (38 euros, en application de l'article R610-5 du Code pénal).

Il en va différemment d'un arrêté préfectoral de couvre-feu qui serait pris sur le fondement de l'article L3131-1 du Code de la Santé Publique et de l'article 2 du décret du 16 mars 2020 : serait alors possible la mise en œuvre d'une contravention de 4e classe avec amende forfaitaire (avec un possible alourdissement des sanctions en cas d'"infraction d'habitude).

La DGITM a confirmé par courriel aux organisations professionnelles que les activités de transport (TRM, livraisons, TRV) ne sont pas concernées par l'application de restrictions réglementaires particulières en raison des mesures de couvre-feu. En outre, l'administration des transports a fait état du fait qu'aient été données des consignes de tolérance pour les contrôles en début de période d'application des nouvelles règles relatives au couvre-feu.

### **134/ Existe-t-il, en l'état actuel de la législation, des mesures de confinement et/ou de couvre-feu sur tout ou partie du territoire national ?**



Non.

Il existait des dispositions relatives au couvre-feu, qui ont, dans un premier temps, concerné uniquement certaines parties du territoire national (situées à l'extérieur du territoire national), avant, dans un second temps, d'être supprimées.

Le confinement national a également été supprimé. Le décret n°2021-384 du 2 avril 2021 mettait en œuvre, sur l'ensemble du territoire national et à partir du samedi 3 avril à 19 h, de nouvelles mesures visant à lutter contre l'épidémie de Covid-19.

En effet, en raison de l'aggravation de la crise sanitaire, l'Etat avait décidé de remettre en œuvre une série de mesures restrictives de déplacements et d'activités afin de freiner la progression de l'épidémie de covid-19 sur le territoire national.

#### **A) Les mesures destinées à freiner la progression de l'épidémie de covid-19**

Le décret du 2 avril 2021 comportait une grande variété de dispositions. Parmi les principales mesures pouvaient être mentionnés les points suivants :

**a) Restrictions liées à la vente d'alcool** : Les pouvoirs publics avaient décidé de restrictions spécifiques en ce domaine, considérant l'alcool comme un facteur de méconnaissance des règles sanitaires. Par conséquence, le décret posait le principe de l'interdiction de la vente à emporter de boissons alcoolisées sur la voie publique (hors vente d'alcool en accompagnement de la vente de repas à emporter). Le préfet de département était en outre habilité à interdire, en fonction des circonstances locales, tout rassemblement de personnes donnant lieu à la consommation de boissons alcoolisées sur la voie publique.

**Pour la première fois depuis le début de l'épidémie, sur l'ensemble du territoire national, ont coexisté un système de couvre-feu et de confinement (mécanismes distincts répondant à des régimes juridiques eux-mêmes différents).**

**b) Elargissement du couvre-feu** : Le mécanisme du couvre-feu, qui avait été étendu à l'ensemble du territoire national, a été supprimé.

Jusqu'au 19 mai 2021, tout déplacement de personne hors de son lieu de résidence était interdit entre 19 heures et 6 heures du matin à l'exception des déplacements pour les motifs suivants, en évitant tout regroupement de personnes :

1° Déplacements à destination ou en provenance :

a) Du lieu d'exercice ou de recherche d'une activité professionnelle et déplacements professionnels ne pouvant être différés ;

b) Des établissements ou services d'accueil de mineurs, d'enseignement ou de formation pour adultes ;

c) Du lieu d'organisation d'un examen ou d'un concours ;

2° Déplacements pour des consultations, examens, actes de prévention et soins ne pouvant être assurés à distance ou pour l'achat de produits de santé ;

3° Déplacements pour motif familial impérieux, pour l'assistance aux personnes vulnérables ou précaires ou pour la garde d'enfants ;

4° Déplacements des personnes en situation de handicap et, le cas échéant, de leur accompagnant ;

5° Déplacements pour répondre à une convocation judiciaire ou administrative ou pour se rendre chez un professionnel du droit pour un acte ou une démarche qui ne peuvent être réalisés à distance ;

6° Déplacements pour participer à des missions d'intérêt général sur demande de l'autorité administrative ;

7° Déplacements liés à des transferts ou transits vers ou depuis des gares ou aéroports dans le cadre de déplacements de longue distance relevant de l'un des motifs légaux ;

8° Déplacements brefs, dans un rayon maximal d'un kilomètre autour du domicile pour les besoins des animaux de compagnie.

**Dans un décret n°2021-606 du 18 mai 2021, publié au Journal Officiel du 19 mai 2021, le gouvernement avait précisé les assouplissements des mesures sanitaires qui permettent une réouverture des lieux de culture et des terrasses. Ce texte réglementaire avait également fait évoluer le couvre-feu.**

Le couvre-feu ne disparaissait pas. Sa tranche horaire était seulement modifiée : dans un premier temps, elle a été décalée de 19 heures à 21 heures sur l'ensemble du territoire. A compter du 9 juin 2021, cette tranche horaire s'est située entre 23 heures et 6 heures du matin.

**Voir le Décret n°2021-606 du 18 mai 2021 :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043508596>

Mais un décret du 18 juin 2021 (publié au Journal Officiel du 19 juin 2021) a mis fin au couvre-feu, à compter du 20 juin à 6 h du matin, sur le territoire métropolitain. Il est ainsi supprimé de façon anticipée par rapport à la date du 30 juin initialement fixée par le président de la République.

Outre cette évolution générale concernant la disparition du couvre-feu, l'une des dérogations à l'interdiction de réunion en présence de manière simultanée de plus de dix personnes est modifiée : les activités physiques et sportives organisées dans la limite de 25 personnes sont rajoutées à la liste.

**Voir le Décret n°2021-782 du 18 juin 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043677747>

**c) Fin des mesures de confinement en journée :** Mises en place, puis levées, à plusieurs reprises, les mesures de confinement en journée sont supprimées par le décret du 18 mai 2021. Les mesures de confinement ont été levées.

#### **B) Voir les textes applicables**

**Voir le Décret n°2021-384 du 2 avril 2021 modifiant les décrets n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043327303>

**Voir le site du gouvernement d'information sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de covid-19 :**

<https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/questions-reponses>

Il est prévu, en cas de non-respect des règles du couvre-feu instaurées dans leur territoire, une amende de 135 euros :

<https://www.interieur.gouv.fr/Actualites/L-actu-du-Ministere/Etat-d-urgence-sanitaire-et-couvre-feu-Questions-Reponses>

En cas de récidive dans les 15 jours suivants la première amende, le montant s'élève à 200 euros.

Après trois infractions dans un délai de 30 jours, le contrevenant risque jusqu'à 6 mois d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende. En cas de non-paiement ou de non-contestation dans le délai indiqué sur l'avis de contravention, les amendes sont majorées : 375 euros au lieu de 150 euros et 450 euros au lieu de 200 euros.

### **135/ Quelle est la valeur juridique des attestations de déplacements élaborées par les pouvoirs publics en périodes de restrictions ou d'interdictions de déplacements des personnes physiques ou morales ?**

Lors des deux confinements nationaux décidés par l'Etat français en 2020, des dispositifs d'attestations de déplacements dérogatoires (personnels et professionnels) ont été élaborés par les pouvoirs publics.

L'absence de justification par une personne, en cas de contrôle des forces de l'ordre, était sanctionnée par une amende (majorée en cas de récidive).

**Dans un arrêt du 22 décembre 2020**, le Conseil d'Etat a posé le principe selon lequel les attestations de déplacement établies par les services de l'Etat n'avaient pas de valeur juridique particulière.

Les magistrats administratifs ont rappelé qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait l'existence, selon des circonstances déterminées, d'une quelconque attestation dérogatoire. Les textes existants se bornaient à lister les cas possibles de dérogation.

La Haute Juridiction administrative a énoncé : « *L'obligation, pour les personnes souhaitant bénéficier des exceptions à l'interdiction de sortir, de se munir d'un document leur permettant de justifier que leur*

*déplacement entrain bien dans le champ de ces exceptions ne prévoit aucun formalisme particulier, de sorte que tout document apportant des justifications équivalentes peut être produit à cette fin.»*

Le Conseil d'Etat a considéré que cette attestation n'avait pas de valeur juridique supérieure à d'autres justificatifs de déplacement.

Certains exemples peuvent être donnés : il peut s'agir de tickets de caisse pour des achats, d'une attestation rédigée sur papier libre, d'une attestation sur l'honneur, d'une confirmation de rendez-vous médical, d'une convocation officielle (à une audience, au commissariat ou à la gendarmerie), etc.

**Source : Voir l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 décembre 2020 :**

<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-12-22/439996>

### **136/ Quel est l'impact des modifications relatives au couvre-feu sur les transports routiers ?**

Les restaurants ouverts aux professionnels du transport routier peuvent rester ouverts pendant le couvre-feu.

Le protocole sanitaire applicable dans la restauration d'entreprise applicable également dans ces établissements est, en revanche, renforcé en limitant le nombre de personne par table à 4 au lieu de 6 (article 2 8° du décret du 15 janvier 2021).

En outre, il doit être précisé que la vente à emporter pour les professionnels du transport routier en activité reste également possible pendant le couvre-feu.

### **137/ Quel est l'impact des restrictions de déplacement sur les transports routiers ?**

#### **A) Commerces dont l'ouverture est permise réglementairement**

Il s'agit des commerces dits de première nécessité, auxquels s'ajoutent : les librairies, les disquaires, les salons de coiffure, les magasins de bricolage, les magasins de plantes et de fleurs, les chocolatiers, les cordonniers, les concessions automobiles (sur prise de rendez-vous) et les visites de biens immobiliers.

Voici la liste détaillée :

- les magasins d'alimentation générale et les supérettes peuvent accueillir du public pour l'ensemble de leurs activités ;
- les magasins multi-commerces, les supermarchés, les hypermarchés et les autres magasins de vente d'une surface de plus de 400 m<sup>2</sup> ne peuvent accueillir du public que pour les activités alimentaires et pour la vente de produits de toilette, d'hygiène, d'entretien et de produits de puériculture ;
- seuls les commerces alimentaires ou proposant la vente de plantes, fleurs, graines, engrais, semences et plants d'espèces fruitières ou légumières sont autorisés dans les marchés couverts ;
- entretien, réparation et contrôle technique de véhicules automobiles, de véhicules, engins et matériels agricoles ;
- commerce d'équipements automobiles ;
- commerces de véhicules automobiles et de machines agricoles sur rendez-vous ;
- commerce et réparation de motocycles et cycles ;
- fourniture nécessaire aux exploitations agricoles ;
- commerce de détail de produits surgelés ;
- commerce de détail de livres ;
- commerce de détail d'enregistrements musicaux et vidéos ;
- commerce de détail de fruits et légumes en magasin spécialisé ;
- commerce de détail de viandes et de produits à base de viande en magasin spécialisé ;
- commerce de détail de poissons, crustacés et mollusques en magasin spécialisé ;
- commerce de détail de pain, pâtisserie et confiserie en magasin spécialisé ;
- boulangerie et boulangerie-pâtisserie ;
- commerce de détail de boissons en magasin spécialisé ;

- commerce de détail de cacao, chocolats et produits de confiserie ;
- autres commerces de détail alimentaires en magasin spécialisé ;
- commerce de détail de carburants et combustibles en magasin spécialisé, boutiques associées à ces commerces pour la vente de denrées alimentaires à emporter, et équipements sanitaires ouverts aux usagers de la route ;
- commerce de détail d'équipements de l'information et de la communication en magasin spécialisé ;
- commerce de détail d'ordinateurs, d'unités périphériques et de logiciels en magasin spécialisé ;
- commerce de détail de matériels de télécommunication en magasin spécialisé ;
- commerce de détail de matériaux et équipements de construction, quincaillerie, peintures, bois, métaux et verres en magasin spécialisé ;
- commerce de détail de textiles en magasin spécialisé ;
- commerce de détail de journaux et papeterie en magasin spécialisé ;
- commerce de détail de produits pharmaceutiques en magasin spécialisé ;
- commerce de détail d'articles médicaux et orthopédiques en magasin spécialisé ;
- commerces de détail d'optique ;
- commerces de plantes, fleurs, graines, engrais, semences, plants d'espèces fruitières ou légumières, animaux de compagnie et aliments pour ces animaux en magasin spécialisé ;
- commerce de détail alimentaire sur éventaires sous réserve, lorsqu'ils sont installés sur un marché, des dispositions de l'article 38 ;
- commerce de détail de produits à base de tabac, cigarettes électroniques, matériels et dispositifs de vapotage en magasin spécialisé ;
- location et location-bail de véhicules automobiles ;
- location et location-bail d'autres machines, équipements et biens ;
- location et location-bail de machines et équipements agricoles ;
- location et location-bail de machines et équipements pour la construction ;
- réparation d'ordinateurs et de biens personnels et domestiques ;
- réparation d'ordinateurs et d'équipements de communication ;
- réparation d'ordinateurs et d'équipements périphériques ;
- réparation d'équipements de communication ;
- blanchisserie-teinturerie ;
- blanchisserie-teinturerie de gros ;
- blanchisserie-teinturerie de détail ;
- activités financières et d'assurance ;
- commerce de gros ;
- garde-meubles ;
- services de coiffure ;
- services de réparation et entretien d'instruments de musique.

Les commerces situés dans les centres commerciaux qui étaient fermés le restent. Pour les commerces fermés, le click & collect reste une possibilité sauf pour ceux situés dans les centres commerciaux.

### **B) Les principes généraux**

D'une façon générale, les activités professionnelles et notamment le transport routier de marchandises ou de voyageurs (sous réserve des motifs de déplacement pour les passagers), les livraisons, le déménagement restent autorisées.

Les déplacements des personnes sont limités dans les départements confinés.

Les conditions d'accès aux services aux conducteurs ne sont pas modifiées, notamment l'accès à la restauration.

### **C) Le justificatif de déplacement professionnel**

Le justificatif de déplacement professionnel est un document dédié, à faire remplir par l'employeur, pour les salariés pour leurs trajets habituels entre le domicile et le lieu de travail, comme pour les déplacements entre les différents lieux de travail lorsque la nature de leurs fonctions l'exige ou les déplacements de nature professionnelle qui ne peuvent pas être différés, à la demande de l'employeur.

Ce justificatif de déplacement professionnel permet de se passer de l'attestation de déplacement dérogatoire qui, elle, doit être remplie à chaque nouvelle sortie dans les départements concernés.

Il est à noter qu'il est précisé sur le document qu'il n'a pas à être renouvelé tous les jours et qu'il se suffit à lui-même (aucun conducteur n'a besoin de disposer de plusieurs documents).

**Voir le modèle de justificatif de déplacement professionnel se trouvant sur le site du Ministère de l'Intérieur :**

<https://www.interieur.gouv.fr/Actualites/L-actu-du-Ministere/Attestations-de-deplacement>

**Voir le Décret n°2021-296 du 19 mars 2021 :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043268538>

### **138/ Qu'est-ce qu'un confinement ?**

Lorsqu'un pays est placé en confinement, la libre circulation de la population est extrêmement restreinte (autorisée seulement dans certains cas précis), voire même interdite, lorsque le confinement est total.

Dans une telle situation, les déplacements peuvent également être contrôlés par la police, avec à la clé, une amende en cas de non-respect des mesures mises en place. Par ailleurs, les rassemblements de plusieurs personnes peuvent être interdits ou limités à un certain nombre.

En France, deux confinements nationaux ont, à ce jour, été mis en place par l'Etat. Le premier a débuté le 17 mars 2020, pour une durée totale de 55 jours. Un nouveau confinement a été décidé par les pouvoirs publics et est entré en vigueur vendredi 30 octobre 2020, prenant fin au 15 décembre 2020.

Le décret n°2020-1582 du 14 décembre 2020 a prévu la fin de ce confinement et l'a remplacé par un mécanisme de couvre-feu.

Comme lors du premier confinement, tout déplacement devait être justifié, qu'il soit à titre privé (aller faire ses courses, sortir prendre l'air dans une limite d'un kilomètre autour de chez soi, consulter un médecin...) ou professionnel dans le cadre des activités professionnelles.

Dans ce dernier cas, l'employeur devait fournir au salarié un «justificatif de déplacement professionnel», le nom officiel de cette attestation de déplacement dans le cadre professionnel. Cette attestation devait pouvoir être présentée en cas de contrôle, par exemple dans les transports en commun.

Il existe trois types d'attestations ou justificatifs de déplacements.

**L'attestation de déplacement dérogatoire** : l'attestation dérogatoire «commune» était destinée à justifier des déplacements «ordinaires» des personnes liés à des impératifs relevant de leur vie personnelle. En effet, pendant la durée d'un confinement, tout déplacement est interdit, sauf ceux listés ci-dessous et à condition d'être muni d'une attestation de déplacement dérogatoire :

-déplacements entre le domicile et le lieu d'exercice de l'activité professionnelle ou un établissement d'enseignement ou de formation, déplacements professionnels ne pouvant être différés, déplacements pour un concours ou un examen ;

-déplacements pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle, des achats de première nécessité dans des établissements dont les activités demeurent autorisées, le retrait de commande et les livraisons à domicile ;

-consultations, examens et soins ne pouvant être ni assurés à distance ni différés et l'achat de médicaments ;

-déplacements pour motif familial impérieux, pour l'assistance aux personnes vulnérables et précaires ou la garde d'enfants ;

-déplacements des personnes en situation de handicap et leur accompagnant.

- déplacements brefs, dans la limite d'une heure quotidienne et dans un rayon maximal d'un kilomètre autour du domicile, liés soit à l'activité physique individuelle des personnes, à l'exclusion de toute pratique sportive collective et de toute proximité avec d'autres personnes, soit à la promenade avec les seules personnes regroupées dans un même domicile, soit aux besoins des animaux de compagnie ;
- convocation judiciaire ou administrative et pour se rendre dans un service public ;
- participation à des missions d'intérêt général sur demande de l'autorité administrative.

**Le justificatif professionnel de déplacement** : ce document est valable pour les trajets habituels entre le domicile et le lieu de travail du salarié comme pour les déplacements entre les différents lieux de travail lorsque la nature de ses fonctions l'exige ou les déplacements de nature professionnelle qui ne peuvent pas être différés, à la demande de l'employeur.

Les travailleurs non-salariés (fonctionnaires et indépendants) pour lesquels ce justificatif ne peut être établi, doivent, eux, se munir de l'attestation de déplacement dérogatoire en cochant le premier motif de déplacement. Il est nécessaire de renseigner tous les lieux d'exercice de l'activité du salarié, sauf si leur nature empêche de les connaître à l'avance (livraison, intervention suite à un appel...).

**Le justificatif de déplacement scolaire** : pendant ce deuxième confinement, les crèches, écoles, collèges et lycées sont demeurés ouverts. Un justificatif spécifique, autre que l'attestation de déplacement dérogatoire était à présenter par les parents qui déposent ou vont chercher leur enfant dans un établissement scolaire.

Le Ministère de l'Intérieur a mis en ligne, le jeudi 29 octobre 2020 dans la soirée, les deux modèles d'attestations de déplacement ainsi que le justificatif de déplacement professionnel :

<https://mobile.interieur.gouv.fr/Actualites/L-actu-du-Ministere/Attestations-de-deplacement>

**IMPORTANT** : La DGITM a transmis un courriel d'information aux organisations professionnelles le 1<sup>er</sup> novembre 2020. Elle y précise que, s'agissant des travailleurs mobiles (transport routier, etc.), une attestation de l'employeur ou une carte professionnelle peuvent valoir attestation permanente. Pour le transport routier, le modèle européen d'attestation employeur («annexe 3») vaut attestation sur le territoire national.

### 139/ Existe-t-il un cadre juridique du télétravail pendant la période de crise sanitaire ?

Oui. Cependant, ce cadre juridique, reposant essentiellement sur le protocole national sanitaire (document formellement dépourvu de valeur juridique normative), a largement évolué au fil du temps.

#### **A) Initialement : un principe général relatif à la mise en place du télétravail «obligatoire» au sein des entreprises**

Jusqu'au 9 juin 2021, le télétravail a été «la règle» : il devait être généralisé et privilégié lorsqu'il était possible. Lorsque le télétravail n'était pas possible, le travail peut se poursuivre en présentiel.

Le Ministère du Travail, à défaut de disposer des supports juridiques nécessaires à la généralisation obligatoire du télétravail, a adopté une tonalité «dure» du protocole national sanitaire sur ce point. Cette orientation a conduit à de nouvelles actualisations de ce protocole ainsi que du questions-réponses élaboré par le Ministère du Travail.

Dans le protocole national sanitaire comme dans son questions-réponses, le Ministère du travail affirmait que le télétravail est un mode d'organisation de l'entreprise qui participe activement à la démarche de prévention du risque d'infection au covid-19 et permet de limiter les interactions sociales aux abords des lieux de travail et sur les trajets domicile travail.

Les services de l'administration du travail soulignaient que dans les circonstances exceptionnelles actuelles, liées à la menace de l'épidémie, le télétravail devait être la règle pour l'ensemble des activités qui le permettent. Cette assertion ne reposait néanmoins sur aucun support juridique précis, s'appuyant en réalité sur les principes généraux de prévention des risques professionnels tels que définis par le Code du travail.

Dans ce cadre, le temps de travail effectué en télétravail était porté à 100% pour les salariés qui pouvaient effectuer l'ensemble de leurs tâches à distance. Dans les autres cas, l'organisation du travail devait permettre de réduire les déplacements domicile-travail et d'aménager le temps de présence en entreprise pour l'exécution des tâches ne pouvant être réalisées en télétravail, pour réduire les interactions sociales.

Dans son questions-réponses, le Ministère du Travail soutenait que lorsqu'il était possible, le télétravail était juridiquement obligatoire (*NB : il n'existe en réalité, à ce jour, aucune base légale solide fondant une telle assertion*).



Le principe était le suivant : le télétravail intégral demeurait la règle préconisée par le Ministère du Travail pour les salariés pouvant effectuer l'intégralité de leurs tâches à distance, mais ils pouvaient désormais retourner un jour par semaine en entreprise à une double condition :

- en faire la demande ;
- avoir l'accord de l'employeur.

Le retour sur le lieu de travail s'effectuait donc à la demande du salarié et avec l'accord de l'employeur. Ni le salarié, ni l'employeur ne pouvaient l'imposer.

S'agissant des salariés pour lesquels le télétravail n'était pas possible, les règles demeuraient inchangées : l'employeur devait organiser systématiquement un lissage des horaires de départ et d'arrivée afin de limiter l'affluence aux heures de pointe, et respecter l'ensemble des règles d'hygiène et de distanciation physique. Il devait (et doit encore) également informer les salariés de l'existence de l'application «TousAntiCovid» et de l'intérêt de l'activer pendant les horaires de travail.

L'employeur devait (et doit toujours) chercher à éviter ou limiter au maximum les regroupements et les croisements. Ainsi, les réunions en audio ou visioconférence doivent être privilégiées et les réunions en présentiel rester l'exception.

### **B) Le régime actuel de télétravail préconisé par les pouvoirs publics à travers le protocole national sanitaire**

Pour limiter la circulation du virus du covid-19 et notamment du variant Omicron (un variant sud-africain), réputé particulièrement contagieux, le gouvernement encourage vivement (sans pouvoir l'imposer juridiquement) aux employeurs, par le biais du protocole national sanitaire, depuis le 3 janvier 2022, de prévoir au moins 3 jours de télétravail par semaine pour les postes qui le permettent (avec possibilité d'aller jusqu'à 4 lorsque l'organisation du travail et la situation des salariés le permettent).

Cette mesure, qui devait s'appliquer pour une durée de 3 semaines soit jusqu'au 24 janvier, est prolongée jusqu'au 1er février 2022 : c'est ce que précise la version du protocole national sanitaire actualisée au 21 janvier 2022.

Sur un plan théorique, ce recours est présenté comme un mode d'organisation obligatoire du travail jusqu'au 2 février 2022, date à partir de laquelle le protocole national sanitaire ne présentera plus le télétravail que comme une recommandation.

#### **140/ Quelles sont les modalités d'organisation du télétravail préconisées par les pouvoirs publics pendant la période de crise sanitaire ?**

En période de crise sanitaire impliquant des restrictions particulières de déplacement, et un recours plus «contraint» au télétravail, le Ministère du Travail a élaboré une doctrine concernant le process à utiliser par l'employeur visant à déterminer quelles sont les activités susceptibles de donner lieu à télétravail et celles qui ne le peuvent pas :

- lister les principales activités pour chaque fonction ou métier, y compris des activités qui ne sont pas jugées prioritaires habituellement mais qui pourraient avoir une valeur ajoutée pour préparer la sortie de crise ;
- évaluer les freins ou difficultés éventuelles au télétravail pour chacune de ces activités pour l'entreprise, le client et le télétravailleur ;
- identifier si des moyens et conditions peuvent être réunis pour lever ces difficultés (matériel de travail, installation de connexion sécurisée...).

L'administration du travail insiste sur le fait que ce travail doit impérativement être réalisé avec les salariés concernés afin d'identifier ce qui rend possible le télétravail et ce qui l'empêche, ce qui le facilite et ce qui le contraint

Pour les activités qui ne peuvent être réalisées en télétravail, le Ministère du Travail souligne que l'employeur doit organiser, de manière systématique, un lissage des horaires de départ et d'arrivée du salarié afin de limiter l'affluence aux heures de pointe.

#### **141/ Quel est le régime juridique du télétravail pendant la période de crise sanitaire ?**

Le régime juridique varie selon les circonstances (du moins la communication gouvernementale varie-t-elle sur ce point).

En périodes de pics épidémiques, les pouvoirs publics modifient le protocole national sanitaire pour rendre «obligatoire» la mise en télétravail par rapport à un nombre de jours déterminés.

## **A) Télétravail et obligation de sécurité de l'employeur**

Dans son questions-réponses sur le télétravail, le Ministère du Travail indique : *«Un employeur qui, alors que son activité s'y prête, refuserait de mettre en place le télétravail pourrait, au vu des conditions d'exercice du travail et des mesures de prévention mises en place dans l'entreprise, engager sa responsabilité d'employeur au titre de son obligation de protéger la santé et d'assurer la sécurité de ses salariés».*

Cette formulation, générique, devrait en réalité être étayée par une analyse concrète de la situation de l'entreprise dans le cadre, soit d'un contrôle de l'administration du travail, soit d'un contentieux. Il n'est pas inexact de soutenir qu'une mise en cause de la responsabilité juridique de l'employeur est possible, s'il y a incompatibilité entre l'activité du salarié en présentiel et les mesures de prévention des risques adoptées au sein de l'entreprise.

Le télétravail est souvent présenté comme la panacée en matière de respect de l'obligation de sécurité de l'employeur. C'est d'ailleurs le cas du questions-réponses du Ministère du Travail qui énonce que le télétravail est *«un mode d'organisation du travail qui permet de préserver la santé des salariés tout en permettant la poursuite des activités économiques, dès lors qu'il permet notamment une limitation du nombre des personnes présentes au même moment au sein de l'établissement afin de préserver la distanciation sociale et limiter les déplacements.»*

A cet égard, le Ministère du Travail rappelle que l'employeur peut imposer le télétravail, en application de l'article L1222-11 du Code du travail, dans le contexte de la crise sanitaire, à la fois *«pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés».*

Pourtant, il importe de relever que le fait que les salariés soient en télétravail ne signifie pas, de manière absolue, que l'employeur est juridiquement sécurisé sur ce point. En effet, une mise en télétravail, surtout sur une période relativement longue, pourrait par exemple nécessiter un contrôle de la vision du collaborateur par le médecin du travail (force est de constater que le Ministère du Travail n'évoque pas les contraintes juridiques que peut présenter le télétravail pour l'employeur).

En outre, l'employeur doit, même à distance, se préoccuper de savoir quel est le degré de risque d'exposition du salarié au covid-19 à son domicile. Une telle obligation s'avère particulièrement délicate à mettre en œuvre sans intrusion dans la vie personnelle du salarié (surface du domicile du salarié, famille nombreuse, normes de sécurité et sanitaires de l'immeuble, etc).

Dans la pratique, la preuve du respect d'une telle obligation est pratiquement impossible à rapporter pour un employeur.

L'articulation entre respect de l'obligation de sécurité de l'employeur et recours au télétravail est rendue délicate par les modifications terminologiques des différentes versions du protocole national sanitaire. Lorsque la situation sanitaire se dégrade, les pouvoirs publics incitent fortement au recours au télétravail et énoncent : *«Le télétravail est un mode d'organisation de l'entreprise **qui participe à la démarche de prévention du risque d'infection au SARS-CoV-2** et permet de limiter les interactions sociales aux abords des lieux de travail et sur les trajets domicile travail».*

En revanche, lorsque la situation sanitaire s'améliore, la formulation s'assouplit et devient la suivante : *«Le télétravail est un mode d'organisation de l'entreprise **qui peut participer à la démarche de prévention du risque d'infection au SARS-CoV-2** et permettre de limiter les interactions sociales aux abords des lieux de travail et sur les trajets domicile travail.»*

On peut s'étonner de la modification sémantique : alors qu'il est parfois considéré que le télétravail constitue un moyen de prévention du risque du covid-19, il est parfois seulement analysé comme un possible moyen de prévention du risque de prévention du covid-19. Soit le télétravail constitue un élément de prévention contre le risque attaché au covid-19, soit il n'en constitue pas un. Mais il paraît pour le moins étrange de faire évoluer la qualification du télétravail en tant qu'outil de prévention d'un risque pandémique en fonction des versions du protocole national sanitaire.

Il y a donc une sorte de «déqualification» du télétravail comme moyen de prévention du risque du covid-19. Cette tendance se trouve confirmée par la suppression ou l'ajout, selon les circonstances, de la formulation suivante : *«Aussi, le télétravail peut être considéré comme une des mesures les plus efficaces pour prévenir le risque d'infection au SARS-CoV-2 dans un objectif de protection de la santé des travailleurs, conformément au premier principe de prévention énoncé à l'article L. 4121-2 du code du travail qui consiste à éviter les risques pour la santé et la sécurité au travail.»*

Ce point sémantique n'est pas neutre, car, en cas de contrôle et de contentieux, il nourrit l'incertitude quant à l'appréciation de l'importance des mesures de prévention adoptées par les entreprises en matière de prévention des risques professionnels.

## Voir le protocole national sanitaire au 28 février 2022 :

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

### **B) Frais liés au télétravail**

L'article L1222-10 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi WARSMANN du 22 mars 2012, disposait que *«l'employeur est tenu à l'égard du salarié en télétravail (...) de prendre en charge tous les coûts découlant directement de l'exercice du télétravail, notamment le coût des matériels, logiciels, abonnements, communications et outils ainsi que de la maintenance de ceux-ci»* et ce, sans distinguer selon que le salarié bénéficie ou non d'un bureau et d'un local mis à sa disposition par l'employeur.

L'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 a supprimé l'alinéa précité de l'article L1222-10 du Code du travail, faisant ainsi disparaître toute obligation légale pour les employeurs de prendre en charge les frais liés au télétravail.

Mais l'accord national interprofessionnel (ANI) du 19 juillet 2005 relatif au télétravail n'a pas été abrogé ou remis en cause par les partenaires sociaux (pas même par le nouvel ANI sur le télétravail en date du 26 novembre 2020).

Or, ce texte conventionnel prévoit notamment que l'employeur prend en charge les coûts directement engendrés par le télétravail (communication téléphonique, connexions internet, réparations) et est également tenu de fournir au salarié un service approprié d'appui technique (article 7 de l'ANI).

Son article 7 énonce ainsi :

*«Article 7*

*Equipements de travail*

*Sous réserve, lorsque le télétravail s'exerce à domicile, de la conformité des installations électriques et des lieux de travail, l'employeur fournit, installe et entretient les équipements nécessaires au télétravail. Si, exceptionnellement, le télétravailleur utilise son propre équipement, l'employeur en assure l'adaptation et l'entretien.*

*L'employeur prend en charge, dans tous les cas, les coûts directement engendrés par ce travail, en particulier ceux liés aux communications.*

*L'employeur fournit au télétravailleur un service approprié d'appui technique.*

*L'employeur assume la responsabilité, conformément aux dispositions en vigueur, des coûts liés à la perte ou à la détérioration des équipements et des données utilisées par le télétravailleur.*

*En cas de panne ou de mauvais fonctionnement des équipements de travail, le télétravailleur doit en aviser immédiatement l'entreprise suivant les modalités fixées par celle-ci.*

*Le télétravailleur prend soin des équipements qui lui sont confiés.»*

Mais l'article 1 de l'ANI évoque une application de ces règles au télétravail dit *«régulier»*. Le télétravail occasionnel, ou résultant de préconisations émanant des pouvoirs publics dans le cadre de la crise sanitaire actuelle, se trouverait donc exclu.

Il faut enfin relever que l'accord national interprofessionnel (ANI) sur le télétravail du 26 novembre 2020 (intitulé Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail) comporte un article 3.1.5. portant sur la prise en charge des frais professionnels. Ce texte énonce :

*«Le principe selon lequel les frais engagés par un salarié dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail doivent être supportés par l'employeur s'applique à l'ensemble des situations de travail. A ce titre, il appartient ainsi à l'entreprise de prendre en charge les dépenses qui sont engagées par le salarié pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'entreprise, après validation de l'employeur.*

*Le choix des modalités de prise en charge éventuelle des frais professionnels peut être, le cas échéant, un sujet de dialogue social au sein de l'entreprise.*

*L'allocation forfaitaire versée, le cas échéant, par l'employeur pour rembourser ce dernier est réputée utilisée conformément à son objet et exonérée de cotisations et contributions sociales dans la limite des seuils prévus par la loi.»*

**IMPORTANT : il faut donc considérer que l'employeur est tenu d'une obligation générale de prise en charge des frais professionnels engagés par le salarié pour les besoins de l'activité professionnelle. Cette obligation, que rappelle l'ANI su 26 novembre 2020, est d'ordre public.**

### **C) La mise en place de plans d'actions en entreprises destinés à favoriser le télétravail**

En période de crise sanitaire «dure», le protocole national sanitaire prévoit que toute entreprise est tenue de mettre en plan un plan d'action destiné à favoriser le recours au télétravail.

Il est précisé par la Direction Générale du Travail (DGT) qu'aucune forme n'est requise concernant ce document (ce qui signifie que l'administration du travail n'élaborera pas de modèle-type).

**A NOTER : suite aux annonces du Président de la République du 31 mars 2021, les règles de reconfinement qui avaient été imposées à 19 départements avaient été étendues à l'ensemble de la France métropolitaine, et ce du dimanche 4 avril 2021 au 3 mai 2021.**

**En conséquence, il fallait considérer que la mise en place de plans d'actions prévue par la version la plus récente du protocole national sanitaire s'imposait à l'ensemble des entreprises situées sur le territoire de France métropolitaine (quelle que soit leur taille d'effectif).**

## **142/ Un salarié peut-il valablement refuser d'être placé en situation de télétravail par son employeur ?**

### **A) Le principe : pas de possibilité pour l'employeur d'imposer le télétravail à un salarié**

Par principe, la réponse est négative. L'employeur ne peut pas imposer le télétravail à ses salariés. Le télétravail se met en place sur la base du volontariat.

Ce principe du double volontariat de l'employeur et du salarié est clairement indiqué dans les accords nationaux interprofessionnels relatifs au télétravail conclus les 19 juillet 2005 et 26 novembre 2020.

En application de l'article L1222-9 du Code du travail, le télétravail est mis en place :

-dans le cadre d'un accord collectif ;

-ou, à défaut, dans le cadre d'une charte élaborée par l'employeur après avis du comité social et économique (CSE), s'il existe.

Il n'est pas nécessaire qu'une clause du contrat de travail ou ni même qu'un avenant au contrat de travail soit rédigé pour mettre en place le télétravail.

L'accord collectif ou la charte, doivent comporter les clauses suivantes :

-Les conditions de passage en télétravail : dans cette hypothèse sont visés les cas et modalités de recours au télétravail qu'il soit régulier ou occasionnel ;

-Les conditions de retour à une exécution du contrat de travail sans télétravail ;

-Les modalités relatives à l'accord du salarié ;

La durée et la plage du télétravail : sont visées notamment les modalités de contrôle du temps de travail ;

Les modalités d'accès des travailleurs handicapés à une organisation en télétravail.

-La prise en charge des coûts inhérents à ce mode d'activité.

Il est recommandé aux employeurs de mettre en place un accord collectif ou, au minimum, une charte, pour fixer les conditions de la mise en place du télétravail et bien rappeler les droits et les obligations de chacun.

### **B) L'exception : une épidémie ou une situation renvoyant à un cas de force majeure**

Les dispositions de l'article L1222-11 du Code du travail prévoient qu'en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, le recours au télétravail peut être nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés.

L'employeur peut alors imposer à son salarié d'être placé en télétravail, mais n'en n'a juridiquement pas l'obligation. Dans une telle hypothèse, le salarié ne peut pas s'opposer à la décision de l'employeur : un refus de sa part constituerait une faute disciplinaire.

## **143/ Un salarié contaminé au covid-19 peut-il engager la responsabilité de l'employeur en lui reprochant de ne pas l'avoir placé en situation de télétravail ?**

Sur le plan juridique, la réponse est théoriquement positive.

Si un salarié se trouve contaminé au covid-19 alors que sa mise en situation de télétravail était possible, il pourrait juridiquement être tenté d'intenter un recours contre son employeur afin que soit reconnue à son encontre l'existence d'une faute inexcusable.

Une telle situation permettrait alors au salarié concerné d'obtenir de substantielles indemnités supplémentaires.

Pour autant, une telle action demeure complexe car le salarié doit pouvoir prouver que c'est dans l'entreprise qu'il a contracté le covid-19 et que le télétravail était possible. Un tel contentieux nécessiterait également de déterminer quelles ont été les mesures de prévention mises en place au sein de l'entreprise.

Pour se prémunir de cette difficulté, les entreprises ont la possibilité de recourir aux dispositions de l'article L1222-11 du Code du travail qui permettent, par exception, d'imposer le télétravail à un salarié dans des circonstances exceptionnelles.

Cette faculté n'est juridiquement pas une obligation pour l'employeur, qui demeure seul gestionnaire du mode d'organisation de son entreprise.

A cet égard, même lorsque ses salariés se trouvent en situation de télétravail, l'employeur a l'obligation de se préoccuper de leurs conditions de travail afin de déterminer quels sont les risques qu'ils encourent d'être exposés au covid-19 (puisque'il est en effet possible de contracter la maladie même en étant en situation de télétravail).

#### **144/ Un salarié peut-il imposer une situation de télétravail à son employeur et s'autoproclamer télétravailleur ?**

Juridiquement, l'employeur peut techniquement refuser d'accorder le télétravail à un salarié, mais doit motiver sa réponse. Notamment, en prouvant que sa présence dans l'entreprise est indispensable au fonctionnement de l'activité.

Dans un arrêt du 17 février 2021, la chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé le principe selon lequel la mise en place du télétravail pour un salarié nécessite toujours l'accord de l'employeur. Il en résulte qu'un salarié ne peut pas s'autoproclamer télétravailleur (Cass. soc., 17 février 2021, pourvoi n°19-13783).

#### **145/ Quel est le cadre juridique de l'attribution des titres-restaurants pour des salariés placés en télétravail ?**

A ce jour, deux jugements ont été rendus sur le sujet : il s'agit d'un jugement du Tribunal judiciaire de Nanterre du 10 mars 2021 et d'un jugement du Tribunal judiciaire de Paris du 30 mars 2021.

Si les solutions retenues sont différentes (la première décision ayant exclu le bénéfice de l'attribution des tickets-restaurants pour les salariés, la seconde décision l'ayant imposé à l'entreprise concernée), les méthodes de raisonnement des juges sont identiques.

Le Tribunal judiciaire de Nanterre n'a ainsi jamais soutenu que, par principe, un télétravailleur ne peut pas prétendre à l'octroi de titres-restaurants. Les juges ont même explicitement précisé le contraire en énonçant : *«Il n'est pas contestable que les télétravailleurs doivent bénéficier des tickets restaurant si leurs conditions de travail sont équivalentes à ceux travaillant sur site sans restaurant d'entreprise»*.

De la même manière, le Tribunal judiciaire de Paris n'a jamais dit qu'il ne pouvait être dérogé au principe d'égalité de traitement. Les juges ont même relevé que le principe d'égalité ne s'opposait pas à ce que soient réglées de façon différente des situations différentes, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la règle qui l'établit.

#### **A) Principe applicable entre les salariés travaillant en présentiel sur site et les salariés placés en télétravail : le principe d'égalité de traitement**

Les salariés en situation de télétravail, conformément aux principes posés par le Code du travail, bénéficient d'un principe d'égalité de traitement par rapport aux salariés travaillant sur site. Cela signifie qu'ils doivent bénéficier des mêmes droits et avantages légaux et conventionnels que les salariés en situation comparable travaillant sur site.

L'article L1222-9 du Code du travail énonce notamment que *«Le télétravailleur a les mêmes droits que le salarié qui exécute son travail dans les locaux de l'entreprise»*.

Ce principe est également affirmé par l'article 4 de l'accord national interprofessionnel relatif au télétravail du 19 juillet 2005 dispose : *«Les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits et avantages légaux et conventionnels que ceux applicables aux salariés en situation comparable travaillant dans les locaux de l'entreprise»*.



Encore faut-il qu'il soit considéré, pour que le principe d'égalité de traitement ait vocation à s'appliquer, que les salariés en situation de télétravail se trouvent dans une situation comparable aux salariés travaillant sur site.

### **B) La charge de la preuve de la possibilité de déroger au principe d'égalité de traitement pèse sur l'employeur**

Le Tribunal judiciaire de Paris a admis que l'employeur était recevable à tenter d'apporter la preuve de ce que les télétravailleurs se trouvent dans une situation distincte en raison notamment des conditions d'exercice de leurs fonctions et que le refus d'attribution des titres restaurant est fondé sur des raisons objectives, matériellement vérifiables et en rapport avec l'objet des titres restaurant.

Dans son jugement, il a seulement considéré que l'employeur de rapportait pas la preuve de la différence de traitement alléguée.

**IMPORTANT :** Les entreprises doivent être vigilantes sur le sujet. Elles doivent tenir compte du fait que les juridictions n'hésitent pas à s'appuyer dans leur raisonnement sur les questions-réponses du Ministère du Travail. En l'espèce, le Tribunal judiciaire de Paris a fait une référence explicite sur les questions-réponses du Ministère du Travail du 20 mars 2020 dans son raisonnement (pourtant dépourvu de toute valeur normative) en relevant qu'il y était mentionné que «*dès lors que les salariés exerçant leur activité dans les locaux de l'entreprise bénéficient des titres-restaurants, les télétravailleurs doivent aussi en recevoir si leurs conditions de travail sont équivalentes*».

### **146/ Existe-t-il un appui de la part de l'Etat destiné aux TPE-PME concernant le recours au télétravail pendant la période de crise sanitaire ?**

Oui.

Pour aider concrètement les employeurs à développer le télétravail, les pouvoirs publics ont mis en place un dispositif «Objectif télétravail» destiné aux PME. En pratique, il permet aux employeurs de moins de 250 salariés de «bénéficier gratuitement de conseils et d'un accompagnement» pour organiser le télétravail en période de crise.

Pour en bénéficier, les employeurs doivent demander à être contactés. Le formulaire est disponible sur le lien suivant :

<https://www.anact.fr/objectifteletravail>.

### **147/ Quelle est la problématique liée aux restaurants routiers en cas de confinement et/ou de couvre-feu décidé par les pouvoirs publics ?**

La question de l'accès des personnels de conduite aux installations de restauration, de repos ainsi qu'aux sanitaires constitue une problématique cruciale en période de confinement et d'état d'urgence sanitaire.

#### **A) Régime applicable aux restaurants routiers pendant la période du second confinement**

L'article 40 du Décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire énonçait à l'origine : «

*I. - Les établissements relevant des catégories mentionnées par le règlement pris en application de l'article R. 123-12 du code de la construction et de l'habitation figurant ci-après ne peuvent accueillir du public :*

*1° Etablissements de type N : Restaurants et débits de boisson ;*

*2° Etablissements de type EF : Etablissements flottants pour leur activité de restauration et de débit de boisson ;*

*3° Etablissements de type OA : Restaurants d'altitude ;*

*4° Etablissements de type O : Hôtels, pour les espaces dédiés aux activités de restauration et de débit de boisson.*

*Par dérogation, les établissements mentionnés au présent I peuvent continuer à accueillir du public pour leurs activités de livraison et de vente à emporter, le room service des restaurants et bars d'hôtels et la restauration collective sous contrat.*

*II. - Pour la restauration collective sous contrat, les gérants des établissements mentionnés au I organisent l'accueil du public dans les conditions suivantes :*

*1° Les personnes accueillies ont une place assise ;*



2° Une même table ne peut regrouper que des personnes venant ensemble ou ayant réservé ensemble, dans la limite de six personnes ;

3° Une distance minimale d'un mètre est garantie entre les chaises occupées par chaque personne, sauf si une paroi fixe ou amovible assure une séparation physique. Cette règle de distance ne s'applique pas aux groupes, dans la limite de six personnes, venant ensemble ou ayant réservé ensemble ;

4° La capacité maximale d'accueil de l'établissement est affichée et visible depuis la voie publique lorsqu'il est accessible depuis celle-ci.

III. - Portent un masque de protection :

1° Le personnel des établissements ;

2° Les personnes accueillies de onze ans ou plus lors de leurs déplacements au sein de l'établissement.»

Le principe était donc celui de la fermeture des relais routiers faute de texte dérogatoire. Pour autant, les livraisons à emporter restaient autorisées.

La problématique de l'ouverture des restaurants routiers s'est rapidement posée. Il a finalement été prévu ceci : l'ouverture de 250 (mais ils sont aujourd'hui 485) restaurants routiers sur la plage horaire 18h-10h du matin rouverts afin d'assurer dîner et petit-déjeuner au chaud pour les conducteurs, sur présentation de leur carte professionnelle.

Samedi 7 novembre 2020 a été publié au Journal Officiel le Décret n°2020-1358 du 6 novembre 2020 modifiant le décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire

L'objet de ce texte est notamment d'instaurer une dérogation au principe de fermeture des activités de restauration collective.

Ainsi, l'article 40 du décret du 16 octobre dernier a-t-il été modifié. Le nouveau texte pose le principe selon lequel les établissements de restauration collective assurée au bénéfice exclusif des professionnels du transport routier dans le cadre de l'exercice de leur activité professionnelle, entre 18 heures et 10 heures du matin peuvent ouvrir.

Les dispositions réglementaires précisent que le représentant de l'Etat dans le département (le préfet) arrête la liste des établissements sont autorisés à accueillir du public au regard des deux critères suivants :

-leur proximité des axes routiers ;

-et à leur fréquentation habituelle par les professionnels du transport routier.

Voir le Décret n°2020-1358 du 6 novembre 2020 modifiant le décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire :

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042504821>

Un travail d'identification des relais routiers concernés est mené par la DGITM de manière permanente en concertation avec les partenaires sociaux de la branche.

**Voir les décrets généraux relatifs aux mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie :**

Décret n°2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire :

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042475143>

Décret n°2020-1331 du 2 novembre 2020 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042486870>

**B) Régime applicable aux restaurants routiers depuis la mise en place d'un système de couvre-feu**

Le décret n°2020-1582 du 14 décembre 2020 comporte certaines dispositions relatives aux horaires d'ouverture des établissements de restauration accueillant des personnels de conduite.

Ce texte réglementaire modifie, notamment, l'article 40 du décret du 29 octobre 2020 qui traite entre autres points de la restauration pour les personnels de conduite des entreprises de transports routiers.

Par dérogation, ce texte précise que les établissements assurant la restauration au bénéfice exclusif des professionnels du transport routier dans le cadre de l'exercice de leur activité professionnelle peuvent fonctionner sans application des limitations horaires mises en place dans le cadre du couvre-feu.

Le représentant de l'Etat dans le département arrête la liste des établissements qui, eu égard à leur proximité des axes routiers et à leur fréquentation habituelle par les professionnels du transport routier, sont autorisés à accueillir du public en application du présent alinéa.

La modification apportée par ce décret porte sur la suppression des plages horaires : il n'existe plus, pour les restaurants routiers ouverts, de plage horaire d'ouverture (les repas peuvent donc être servis le midi et le soir).

Le reste du I de l'article 40 du décret du 29 octobre 2020 n'a pas été modifié et demeure en conséquence applicable.

Voir le Décret n°2020-1582 du 14 décembre 2020 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042665612>

## **148/ Quelles sont les règles applicables aux restaurants d'entreprises en période de crise sanitaire ?**

Le Ministère du Travail a élaboré une fiche relative aux règles applicables aux restaurants d'entreprises pendant la période de crise sanitaire. La version de la fiche applicable à compter du 9 juin 2021 est allégée par rapport aux règles précédemment édictées.

### **A) L'organisation des restaurants d'entreprise en période de crise sanitaire**

L'employeur doit rendre obligatoire le port du masque grand public dont la filtration est supérieure à 90 % (correspondant au masque dit «de catégorie 1») ou chirurgical, par ses employés et les convives dans tous les lieux collectifs clos : cuisines, plonge, self, salle de restauration, couloirs, véhicules transportant plusieurs personnes...

Le décret du 27 janvier 2021 a aussi révisé la distanciation minimale entre les personnes lorsque le masque ne peut pas être porté. Cette distance qui était initialement de 1 mètre a été portée à 2 mètres.

Dans le restaurant d'entreprise, l'employeur doit s'assurer du respect des règles de distanciation physique suivantes :

- rester à un mètre des autres, associé au port du masque grand public dont la filtration est supérieure à 90 % (catégorie 1) ou chirurgical ;
- rester à deux mètres si le port du masque est impossible ;
- et comme auparavant, saluer sans se serrer la main ni s'embrasser.

Les salariés peuvent toujours déjeuner seuls ou en groupe. Mais, les groupes de personne venant ensemble ou ayant réservé ensemble sont désormais limités à quatre personnes (contre six précédemment).

Les règles relatives aux convives ont-elles aussi été modifiées. Les convives doivent disposer d'une place assise et être maximum 4 ensembles.

Il doit garantir une distance minimale de deux mètres (et non plus de 1 mètre) entre les chaises occupées par chaque personne, sauf si une paroi fixe ou amovible assure une séparation physique. Attention, cette règle de distance ne s'applique plus aux groupes, dans la limite de quatre personnes, venant ensemble ou ayant réservé ensemble.

L'employeur doit aussi respecter une jauge maximale d'une personne pour 8 m<sup>2</sup> concernant l'accueil des convives.

Enfin, la version de la fiche indique que les tables doivent être nettoyées entre chaque convive.

En l'absence d'un système de ventilation mécanique assurant un renouvellement de l'air suffisant permettant d'être en dessous d'une mesure de 800ppm (mesures CO<sub>2</sub>) en période d'affluence, l'employeur doit aérer en continu ou si cela est impossible, aérer plusieurs minutes chaque heure.

### **B) Les contraintes au 25 janvier 2022**

Une jauge maximale de d'une personne pour 8m<sup>2</sup> doit être respectée.

Les pièces doivent être aérées par deux points distincts (porte et fenêtre) quelques minutes toutes les heures, en complément de l'aération / ventilation conforme à la réglementation.

Les salariés peuvent, de nouveau, déjeuner entre collègues. Le groupe ne doit cependant pas dépasser 6 personnes, ces dernières devant venir ensemble ou avoir réservé ensemble, afin de limiter le nombre de contacts.

Une distance minimale de deux mètres doit être gardée entre les tables occupées, sauf si une paroi fixe ou amovible assure une séparation physique.

## **149/ Quelles sont les règles applicables à la restauration dans les entreprises en période de crise sanitaire ?**

### **A) Rappel des règles de droit commun applicables**

Les obligations des employeurs en matière de local dédié à la restauration diffèrent selon l'effectif de l'entreprise :

-dans les établissements d'au moins 50 salariés, l'employeur met à leur disposition un local de restauration, après avis du comité social et économique (CSE) ;

-dans les établissements de moins de 50 salariés, l'employeur met à leur disposition un emplacement leur permettant de se restaurer dans de bonnes conditions de santé et de sécurité.

Les pouvoirs publics ont décidé de la mise en place de mesures dérogatoires, temporaires, qui sont liées à la crise sanitaire actuelle. Le principe est le suivant : les pauses repas peuvent être organisées temporairement en dehors des locaux «restauration».

En outre, l'article R4228-19 interdit en principe aux salariés de déjeuner dans les locaux affectés au travail.

### **B) Adaptation des règles de droit commun pour faire face à la crise sanitaire**

Un décret du 25 janvier 2022 autorise les employeurs à modifier temporairement les conditions de restauration des salariés lorsque la configuration des locaux ou des emplacements de restauration habituels ne permet pas de garantir le respect des règles de distanciation physique définies dans le cadre de la lutte contre l'épidémie de covid-19.

Ces dispositions réglementaires permettent notamment de déroger à l'interdiction de la prise des repas dans les locaux affectés au travail. Elles distinguent la situation des entreprises de moins de 50 salariés et des entreprises de plus de 50 salariés.

**Entreprises d'au moins 50 salariés** : dans les établissements d'au moins 50 salariés, lorsque la configuration du local de restauration ne permet pas de garantir le respect des règles de distanciation physique, l'employeur peut prévoir un ou plusieurs autres emplacements.

Ces emplacements peuvent ne pas comporter «l'ensemble» des équipements qui doivent en principe être prévus (sièges et tables en nombre suffisant, robinet d'eau potable, fraîche et chaude pour 10 usagers, moyen de conservation ou de réfrigération des aliments et des boissons et installation permettant de réchauffer les plats).

Ils peuvent, le cas échéant, être situés à l'intérieur des locaux affectés au travail.

Ces emplacements doivent permettre aux salariés de se restaurer dans des conditions, s'agissant en particulier de l'aménagement des lieux et de l'hygiène, préservant leur santé et leur sécurité. Il est donc interdit de les situer dans des locaux dont l'activité comporte l'emploi ou le stockage de substances ou de mélanges dangereux.

**Entreprises de moins de 50 salariés** : dans les établissements de moins de 50 salariés, lorsque la configuration de l'emplacement normalement dédié à la restauration ne permet pas de garantir le respect des règles de distanciation physique, l'employeur peut prévoir un ou plusieurs autres emplacements permettant aux salariés de se restaurer dans des conditions, s'agissant en particulier de l'aménagement des lieux et de l'hygiène, préservant leur santé et leur sécurité.

Si ces emplacements sont situés dans des locaux affectés au travail, l'employeur n'est pas tenu d'adresser de déclaration préalable à l'agent de contrôle de l'inspection du travail et au médecin du travail.

**Voir le Décret n°2022-61 du 25 janvier 2022 portant aménagement temporaire des dispositions du code du travail relatives aux locaux de restauration :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045072932>

## **150/ Quelles sont les règles applicables aux déplacements internationaux dans le cadre de la crise sanitaire ?**

### **A) Voyageurs en provenance et à destination d'un pays hors de l'espace européen**

Depuis le dimanche 31 janvier 2021, toutes les entrées et les sorties du territoire français à destination ou en provenance d'un pays hors de l'espace européen avaient été interdites, sauf pour motif impérieux d'ordre personnel ou familial, motif de santé relevant de l'urgence ou motif professionnel ne pouvant être différé.

Voici une liste des motifs pouvant être qualifiés de motifs impérieux justifiant des déplacements entre le territoire français et un pays ou territoire n'appartenant pas à l'espace européen :

-missions indispensables à la poursuite d'une activité économique, requérant une présence sur place qui ne peut être différée et dont le report ou l'annulation aurait des conséquences manifestement disproportionnées ou serait impossible (dont les professionnels du transport). Les pièces exigibles sont les suivantes : attestation de l'employeur, carte professionnelle des équipages du transport international de marchandises, du transport international de passagers, du transport international maritime ;

-professionnel de santé concourant à la lutte contre le Covid 19 ou participant à des opérations de coopération d'intérêt majeur en matière de santé (pièce exigible : carte professionnelle) ;

-missions ponctuelles liées à l'exercice de prérogatives de puissance publique (dont les missions diplomatiques) ne pouvant être différées ou reportées (pièce exigible : carte professionnelle, ordre de mission) ;

-sportifs professionnels de haut niveau pour la participation à des rencontres validées par le ministère des sports (pièce exigible : carte professionnelle, certificat délivré par l'organisateur en lien avec le ministère des sports).

**ATTENTION** : Depuis le 12 mars 2021, les Français revenant de l'étranger ne sont plus obligés de faire valoir un motif impérieux pour entrer en France. Le Conseil d'État a, dans une ordonnance du 12 mars 2021, suspendu cette mesure mise en place le 31 janvier 2021 pour lutter contre la propagation de l'épidémie de Coronavirus (Covid-19). Elle a en revanche été maintenue pour les déplacements en direction ou en provenance des Antilles françaises.

**Voir l'ordonnance du 12 mars 2021 :**

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/l-obligation-de-motifs-imperieux-pour-voyager-est-suspendue-pour-les-francais-rentrant-de-l-etranger-et-maintenue-pour-les-voyages-vers-les-antille>

## **B) Voyageurs en provenance et à destination d'un pays de l'espace européen**

Tout voyageur quel que soit son mode de transport (aérien, maritime ou terrestre) de onze ans ou plus souhaitant rejoindre la France en provenance d'un pays de l'espace européen (UE, Andorre, Islande, Liechtenstein, Monaco, Norvège, Saint-Marin, Saint-Siège et Suisse) a l'obligation de présenter le résultat d'un examen biologique de dépistage virologique (RT-PCR) ne concluant pas à une contamination par le COVID-19 réalisé 72 heures avant le départ.

Sont exemptés de cette obligation les transporteurs routiers, les travailleurs frontaliers et les résidents des bassins de vie frontaliers dans un rayon de 30 km autour de leur domicile.

La nouvelle attestation de déplacement international, la déclaration sur l'honneur ainsi que l'attestation de sortie du territoire sont disponibles sur le site du ministère de l'Intérieur à l'adresse ::

<https://www.interieur.gouv.fr/Actualites/L-actu-du-Ministere/Attestation-de-deplacement-et-de-voyage>

Page dédiée aux **transports routiers internationaux** :

<https://www.interieur.gouv.fr/Actualites/L-actu-du-Ministere/Deplacement-des-transporteurs-routiers-internationaux>

**A NOTER** : En cas de questions, sur les modalités d'application des mesures concernant l'entrée et le séjour en France, il est possible de s'adresser au numéro vert : 0800 130 000.

## **Partie 18 : La problématique de la vaccination contre le covid-19 en entreprise**

### **151/ Quel est le cadre juridique de la vaccination obligatoire en milieu professionnel ?**

## **A) Les principes généraux applicables aux vaccinations**

Il n'existe pas de principe de vaccination obligatoire généralisée en milieu professionnel en droit français.

En revanche, dans le cadre de la prévention des risques professionnels, il existe certaines vaccinations obligatoires pour les professionnels exerçant dans des établissements de prévention, de soins ou hébergements des personnes âgées.

Conformément aux dispositions de l'article L3111-4 du Code de la santé publique, les professionnels de santé ainsi que les élèves et étudiants des professions médicales et paramédicales sont soumis à une vaccination obligatoire qui varie en fonction des lieux dans lesquels ils exercent ou de la nature de leur activité.

Quelle que soit la nature de la vaccination, obligatoire ou recommandée, celle-ci doit être réalisée après une évaluation du risque encouru et une information du salarié sur la nature de ce risque et le moyen de s'en prémunir.

Si la vaccination s'impose au salarié, elle doit encore requérir son accord explicite.

## **B) Cas particulier des vaccinations contre le covid-19**

Le décret n°2021-949 du 16 juillet 2021, publié au Journal Officiel du 17 juillet 2021, a mis en place un schéma vaccinal dit complet dont dépend la situation des personnes.

Depuis la publication de ce texte réglementaire, le schéma vaccinal à l'un des vaccins contre le virus du covid-19 ayant fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché délivrée par la Commission européenne est considéré comme complet 7 jours (au lieu de 14) après l'administration d'une deuxième dose (sont concernés les vaccins Moderna, Pfizer et Astra Zeneca). Pour les personnes ayant été infectées par le virus du covid-19, ce délai court après l'administration d'une dose.

Pour le vaccin Janssen (qui nécessite une seule dose), il n'y a pas de changement : le schéma vaccinal est complet au bout de 28 jours.

**Voir le décret n°2021-949 du 16 juillet 2021 modifiant le décret n°2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043798619>

Le décret n° 2021-1215 du 22 septembre 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire modifie le schéma vaccinal complet en ouvrant la possibilité d'une validation par d'autres vaccins.

Les dispositions réglementaires énoncent en effet que le justificatif du statut vaccinal peut être apporté par l'administration d'un vaccin dont l'utilisation a été autorisée par l'Organisation mondiale de la santé et ne bénéficiant pas de l'autorisation ou de la reconnaissance mentionnées au a, à condition que toutes les doses requises aient été reçues, 7 jours après l'administration d'une dose complémentaire d'un vaccin à acide ribonucléique (ARN) messager bénéficiant d'une telle autorisation ou reconnaissance.

**Voir le décret n°2021-1215 du 22 septembre 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044087688>

IMPORTANT : en l'état actuel du droit, les pouvoirs publics n'envisagent pas de mettre en place un principe de vaccination obligatoire qui serait généralisé à l'ensemble de la population contre le covid-19. En revanche, la vaccination obligatoire contre le covid-19 a été prévue par la loi du 5 août 2021 pour certaines professions (pour les transports routiers sont concernées les personnels des transports sanitaires).

## **152/ Comment les pouvoirs publics définissent-ils la notion de schéma vaccinal complet ?**

**Définition de la notion de schéma vaccinal complet : Le schéma vaccinal complet est à la fois un outil médical et un outil administratif. Il s'agit d'un mécanisme par lequel les personnes sont considérées comme étant protégées du covid-19 et comme peu contagieuses, et qui leur permet, en conséquence, de pouvoir disposer d'un passe sanitaire leur autorisant l'accès à un certain nombre de lieux de vie sociale.**

Ses caractéristiques varient au fil du temps. Initialement, la preuve de vaccination n'était valable qu'à la condition qu'elle permette d'attester la réalisation d'un schéma vaccinal complet, soit :

-2 semaines après la 2e injection pour les vaccins à double injection (Pfizer, Moderna, AstraZeneca) ;



-4 semaines après l'injection pour les vaccins avec une seule injection (Johnson & Johnson) ;

-2 semaines après l'injection pour les vaccins chez les personnes ayant eu un antécédent de Covid-19 (1 seule injection nécessaire).

Puis les pouvoirs publics ont restreint le nombre de vaccins administrables, retenant des vaccins nécessitant deux doses.

Les pouvoirs publics ont fait évoluer la définition du «schéma vaccinal complet permettant l'obtention d'un passe sanitaire» par le décret n°2022-27 du 13 janvier 2022 : ce texte réglementaire prévoit que, depuis le 15 janvier 2022, les personnes d'au moins 18 ans et un mois (contre 65 ans jusqu'alors) ayant reçu un vaccin contre la Covid-19 autre que Janssen doivent, pour que leur schéma vaccinal reste reconnu comme complet et donc continuer à bénéficier du passe sanitaire, avoir reçu une dose complémentaire d'un vaccin à ARN messager (Moderna ou Pfizer) au plus tard sept mois suivant l'injection de la dernière dose requise. Si la personne reçoit sa dose de rappel au-delà du délai de sept mois, le schéma vaccinal n'est reconnu comme complet que sept jours après son injection.

A partir du 15 février 2022, il faudra ainsi effectuer son rappel vaccinal quatre mois – et non plus sept – après sa deuxième dose pour avoir un schéma vaccinal complet. Dans ce parcours, une infection équivalra toujours à une injection. Cela veut dire qu'une personne qui a ses deux doses, n'a pas encore fait son rappel mais a été récemment contaminée par le virus répond aux conditions posées.

### **153/ L'Etat français pourrait-il valablement décider d'une vaccination obligatoire généralisée de la population française contre le covid-19 ?**

#### **A) Le recours au mécanisme de la vaccination contre une maladie infectieuse : un principe médical consacré**

En considérant les autorisations de mise sur le marché délivrées pour les vaccins et le droit positif actuellement applicable, la réponse paraît a priori négative. En effet, la question de l'obligation vaccinale est rarement sous l'angle de l'expérimentation médicale à propos de laquelle les règles du droit de l'Union européenne comme celles du droit français sont clairement établies.

Quatre vaccins anti-covid sont aujourd'hui autorisés en France : le vaccin Moderna, le vaccin Pfizer & BioNTech (nom de marque : Comirnaty), le vaccin Astrazeneca (nom de marque : Vaxzevria) et le vaccin Johnson & Johnson (nom de marque : Janssen). La vaccination – technique médicale consistant à inoculer une substance capable de procurer une immunité contre une maladie infectieuse – est la réponse prioritairement choisie par les pouvoirs publics français en réponse à la pandémie de covid-19.

De manière générale, l'obligation vaccinale trouve son fondement dans plusieurs textes internationaux et nationaux.

L'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 prévoit qu'afin de garantir le droit à la santé individuel, les États devront prendre les mesures nécessaires pour assurer «*la prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques*».

En France, c'est le Ministre chargé de la santé qui élabore la politique de vaccination et la loi qui détermine quels vaccins sont obligatoires. Onze d'entre eux le sont aujourd'hui pour les enfants (en application de l'article L3111-2 du Code de la Santé Publique).

Les professionnels de santé et thanatopracteurs sont également assujettis à certaines obligations vaccinales de même que les voyageurs qui souhaitent se rendre en Guyane. Il est, par ailleurs, admis que «*lorsqu'un petit nombre de décès survient dans le cadre d'un programme de vaccination dont le seul but est de protéger la santé de la société en éliminant les maladies infectieuses*», cela ne constitue pas une atteinte au droit à la vie protégé par la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (décisions de la Commission européenne des Droits de l'Homme, 12 juillet 1978, *Association X. Contre Royaume-Uni*).

Les bénéfices de la vaccination, en effet, ne sont plus à démontrer : elle a permis l'éradication de la variole, une diminution de 99% des cas de poliomyélite entre 1988 et 2016, une réduction considérable des cas de tétanos, rougeole, diphtérie, coqueluche, etc. À l'inverse, la recrudescence de certaines maladies infectieuses létales est liée à la diminution de la couverture vaccinale, ce qui peut justifier de rendre les vaccins obligatoires.

#### **B) Les spécificités de la vaccination contre le covid-19**

La crise sanitaire née de la pandémie de covid-19 pourrait donc justifier de rendre la vaccination obligatoire par voie législative pour un motif de santé publique. Le caractère exceptionnel des circonstances ne doit cependant pas faire oublier celui du moyen médical employé pour la faire cesser, à savoir le caractère inédit des procédés vaccinaux utilisés.



**Ainsi l'autorisation de mise sur le marché qui a été donnée aux fabricants en procédure accélérée par l'Agence européenne des médicaments (EMA) est conditionnelle.** Selon l'EMA, ce type d'autorisation est délivrée «sur la base de données moins complètes que ce qui est normalement requis» et suppose que le fabricant s'engage à «fournir des données cliniques complètes à l'avenir». Les rapports européens publics d'évaluation (EPAR) rendus au sein de l'Agence européenne des médicaments pour Pfizer et Moderna indiquent que les laboratoires pharmaceutiques doivent encore «fournir les résultats de l'essai principal, qui se poursuit pendant deux ans».

L'autorisation de mise sur le marché a été octroyée à Pfizer le 21 décembre 2020 jusqu'en décembre 2022. Le «rapport final de l'étude clinique» sera remis en décembre 2023. Pour Moderna, l'autorisation a été donnée le 6 janvier 2021 jusqu'en janvier 2023. Le «rapport final de l'étude clinique» sera remis en décembre 2022. **Le fait qu'il s'agisse d'une vaccination en phase expérimentale ne saurait donc faire de doute sur le plan juridique.**

Pour les deux autres vaccins, l'autorisation de mise sur le marché est également conditionnelle. Le vaccin AstraZeneca a été autorisé le 29 janvier 2021 et le vaccin Johnson & Johnson le 11 mars 2021. Les sociétés qui les commercialisent devront continuer de «de fournir les résultats des essais cliniques, qui sont en cours», comme l'indiquent les rapports d'évaluation du premier et du second.

Pour AstraZeneca, les «rapports d'étude cliniques finaux» sont attendus le 31 mai 2022. Ceux du vaccin Johnson & Johnson sont attendus le 31 décembre 2023.

La formule «essai clinique» utilisée par l'Agence européenne est sans équivoque.

Cette notion est définie par la directive 2001/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001[13]. Selon ce texte, un essai clinique est une «**investigation menée chez l'homme, afin de déterminer ou de confirmer les effets cliniques, pharmacologiques et/ou les autres effets pharmacodynamiques d'un ou de plusieurs médicaments expérimentaux (...) dans le but de s'assurer de leur innocuité et/ou efficacité**». On notera, par exemple, qu'en dehors même des incertitudes relatives à leur technique spécifique – ARNm ou ADN recombiné –, «aucune étude de cancérogénicité n'a été réalisée» pour le vaccin Moderna et «aucune étude de génotoxicité ou de cancérogénicité n'a été réalisée» pour les vaccins Pfizer, AstraZeneca et Johnson & Johnson.

L'ensemble de ces informations suffisent à convaincre que la pandémie de covid-19 a conduit les autorités sanitaires à autoriser une expérimentation vaccinale à grande échelle inédite dans l'histoire de la médecine. En période d'urgence, rien ne paraît juridiquement s'y opposer tant sur le plan de la santé individuelle afin de protéger les personnes vulnérables que sur le plan de la santé publique pour éviter la saturation des structures hospitalières.

### **C) L'encadrement juridique des expérimentations**

Cet encadrement s'appuie sur le respect de plusieurs principes.

#### **Premier principe : le consentement libre et éclairé des personnes**

Les recherches médicales, y compris quand elles comportent une finalité thérapeutique, sont aujourd'hui régies par la loi du 5 mars 2012, dite loi Jardé.

L'article L1122-1-1 du Code de la Santé Publique énonce qu'aucune recherche interventionnelle impliquant la personne humaine ne peut être pratiquée «sans son consentement libre et éclairé recueilli par écrit, après que lui a été délivrée l'information prévue».

Le même article précise que les recherches interventionnelles sont celles «qui comportent une intervention sur la personne non justifiée par sa prise en charge habituelle», c'est-à-dire une intervention non dénuée de risque pour les personnes qui y participent.

En font partie les recherches sur les médicaments, mais aussi les thérapies cellulaires ou les thérapies géniques comme le rappelle l'INSERM. Par leur nature comme par leur méthodologie expérimentale, les quatre vaccins anti-covid semblent entrer dans cette catégorie. Quant à l'information préalable, elle doit inclure notamment «les risques prévisibles» et «les éventuelles alternatives médicales» (article L1122-1-1 du Code de la Santé Publique).

Ces recherches interventionnelles supposent un avis favorable d'un organisme régional, le Comité pour la Protection des Personnes (CPP), qui dépend de l'Agence Régionale de Santé (ARS), suivi d'une autorisation par l'Agence Nationale de Sécurité du Médicament et des produits de santé (ANSM).

En principe, le fait de ne pas avoir recueilli ce consentement est puni de trois ans de prison et de 45 000 euros d'amende par le Code pénal (article L223-8). Néanmoins, la question du vaccin anti-covid a entraîné

le dessaisissement des autorités sanitaires françaises au profit de l'Agence européenne des médicaments (EMA) sur le fondement du Règlement (CE) n°726/2004 du 31 mars 2004.

En ce qui concerne les «*médicaments à usage humain contenant une nouvelle substance active*», ce règlement prévoit, en effet, une procédure centralisée d'autorisation au niveau européen. Cela signifie que ces médicaments doivent recevoir une autorisation de l'Agence européenne des médicaments (EMA) valable pour tous les États membres de l'Union européenne.

Ce dessaisissement fait alors obstacle à une éventuelle action devant le juge français pour non-respect de la procédure d'avis et d'autorisation en droit interne, puisque sous la pression des circonstances, celle-ci s'est vu substituer une procédure européenne. En revanche, il ne dispense en rien de l'obligation d'obtenir l'accord des personnes.

Au sein du Conseil de l'Europe, la Recommandation n°R(90)3 du Comité des Ministres concernant la recherche médicale sur l'être humain, adoptée le 6 février 1990, énonce un certain nombre de principes. Selon le troisième, «*aucune recherche médicale ne peut être effectuée sans le consentement éclairé, libre, exprès et spécifique de la personne qui s'y prête*» et, selon le treizième, «*les personnes susceptibles de faire l'objet de recherches médicales ne doivent pas être incitées à s'y soumettre d'une manière qui compromette leur libre consentement*». Ce texte, s'il vaut engagement politique et éthique, n'a cependant pas de valeur juridique obligatoire. En revanche, le règlement européen du 31 mars 2004 prévoit d'une manière contraignante au sein de l'Union européenne le respect de certaines exigences éthiques lors de la conduite d'essais cliniques de médicaments autorisés au niveau européen (en son point 16). Ces exigences sont également prévues par la directive 2001/20/CE du 4 avril 2001 (en son article 3).

Mais ce principe s'applique-t-il lorsque l'expérimentation consiste en un vaccin ? La réponse est positive, car la directive du 4 avril 2001 vise les médicaments tels qu'ils sont définis par un autre texte, la directive 65/65/CEE du 26 janvier 1965. Selon celle-ci, un médicament est «*toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales. Toute substance ou composition pouvant être administrée à l'homme ou à l'animal en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier des fonctions organiques chez l'homme ou l'animal est également considérée comme médicament*» (article 1<sup>er</sup>). Les vaccins anti-covid-10 répondent assurément à cette définition. Dans la mesure où ils sont encore en phase expérimentale, ils sont soumis aux principes éthiques imposés par le règlement de 2004. La règle du consentement libre et éclairé à une expérimentation est donc bien établie en droit français comme en droit de l'Union européenne.

### **Deuxième principe : l'inviolabilité du corps humain et la dignité de la personne**

Si le principe d'inviolabilité n'a pas reçu de consécration constitutionnelle à ce jour, il traverse toutefois le système juridique français et est couvert par la «*sauvegarde de la dignité de la personne*», notion plus large que le Conseil constitutionnel a élevé au rang de principe constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 1994 à propos de la loi relative au respect du corps humain.

En définitive, bien qu'il n'existe aucune certitude juridique, la mise en place d'une obligation vaccinale dans un contexte d'expérimentation risquerait de se heurter à une censure des juges fondée sur le respect des droits fondamentaux de la personne humaine.

### **154/ Si la vaccination contre le covid-19 devient obligatoire, peut-on imaginer qu'un salarié puisse en être dispensé ?**

Oui, il le peut pour contre-indication médicale. La dispense nécessite un certificat médical attestant de cette contre-indication (grossesse, allergies, certaines maladies ou traitements en cours, etc.).

Il convient de préciser que le médecin du travail doit apprécier le caractère temporaire ou non de la contre-indication afin de déterminer s'il y a lieu de proposer un changement d'affectation pour les travailleurs concernés.

Il faut relever que le refus ou l'impossibilité de vaccination obligatoire peut faire obstacle au recrutement ou limiter le champ d'activité professionnelle, voire même constituer un motif de licenciement.

### **155/ Le médecin du travail peut-il préconiser la vaccination contre le covid-19 ?**

La réponse à cette question est positive.

En milieu professionnel, cette préconisation de la vaccination contre le covid-19 par le médecin du travail au titre des actes préventifs avec l'accord de principe de l'employeur pourrait permettre d'éviter tout litige dans l'hypothèse d'un accident post-vaccinal (qui pourrait être considéré comme un accident du travail).

À cet égard, la jurisprudence a déjà considéré, dans un contexte professionnel, que la vaccination contre l'hépatite B qui a entraîné des lésions, constituait bien un accident du travail (arrêt de la 2e chambre civile de la Cour de cassation du 6 octobre 2016, pourvoi n°15-25924).

Lorsque la vaccination est pratiquée par le médecin du travail, ce dernier doit être assuré à ce titre en raison de la possible mise en cause de sa responsabilité au-delà de celle de l'employeur.

## **156/ Quelles sont les règles et principes élaborés par le Ministère du Travail concernant la vaccination des salariés ?**

### **A) Principes applicables aux possibilités et aux modalités de la vaccination**

Dans un questions-réponses relatives à la vaccination actualisé le 29 novembre 2021, le Ministère du Travail a rappelé que les médecins du travail et infirmiers en santé au travail peuvent vacciner les salariés. Ils doivent, dans ce cadre, informer et sensibiliser les salariés et les employeurs sur l'intérêt de la vaccination et la possibilité de prendre rendez-vous avec eux.

Cette version actualisée du protocole pour la vaccination par les services de santé au travail (SST) rappelle que le périmètre du public concerné par le rappel de vaccination contre le covid-19 est étendu à toutes les personnes âgées de 18 ans et plus, déjà vaccinées, dès lors que cinq mois se sont écoulés depuis la complétude du schéma vaccinal initial ou la dernière infection.

Les services de santé au travail (SST) peuvent vacciner les salariés des entreprises sous-traitantes de l'entreprise adhérente (qui interviennent sur son site notamment), voire, s'il existe un accord en ce sens, des salariés d'entreprises adhérentes à un autre SST interentreprises (SSTI) ou même les employeurs qui le demandent.

La vaccination peut être étendue aux proches des salariés suivis, dans la mesure où elle «*participe également de la protection*» de la santé de ces salariés. Un tel élargissement de la vaccination peut être organisé, en lien avec les agences régionales de santé (ARS) et les préfetures qui peuvent apporter un appui au SST, notamment quant à l'approvisionnement en vaccins et à la logistique (mise à disposition de locaux, livraison des vaccins, etc.).

A NOTER : les SST peuvent vacciner les mineurs. Initialement, ces derniers ne pouvaient être vaccinés qu'en centre de vaccination avec le vaccin Pfizer BioNTech, avec l'autorisation des parents recueillie au moyen du formulaire téléchargeable sur le site du ministère des Solidarités et de la Santé.

A NOTER : Les salariés n'ont pas à présenter de passe sanitaire pour accéder aux services de santé au travail (SST) dans le cadre du suivi de leur état de santé. En effet, ces derniers ne dispensent pas de soins programmés au sens de la loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire. Le respect d'un protocole sanitaire et des gestes barrières reste obligatoire lors des visites médicales.

### **B) Les contrôles relatifs à la vaccination**

Les professionnels de santé au travail peuvent être amenés à intervenir dans certains cas dans le cadre de la mise en œuvre du passe sanitaire et de l'obligation vaccinale.

Dans le cadre de l'obligation vaccinale, les personnes concernées peuvent transmettre le certificat de rétablissement ou le certificat médical de contre-indication au médecin du travail compétent, qui informe l'employeur, sans délai, de la satisfaction à l'obligation vaccinale avec, le cas échéant, le terme de validité du certificat transmis

Si l'employeur qui dispose d'un service de santé au travail autonome, il peut confier à un professionnel de santé au travail de son service de santé au travail autonome (SSTA) le contrôle du respect de l'obligation vaccinale ou de présentation du passe sanitaire, dans les entreprises concernées.

Dans aucun de ces deux cas, précise le Ministère du Travail, le médecin du travail ne communique donc des données sur la santé du salarié au-delà de celles relatives à la vaccination obligatoire ou au passe sanitaire. Lorsqu'il s'appuie sur le QR code pour contrôler le passe sanitaire, celui-ci ne lui permet d'ailleurs pas de savoir par quel moyen l'obligation est respectée.

Voir le protocole national de vaccination du Ministère du Travail actualisé au 29 novembre 2021 : [https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/fiche\\_protocole\\_vaccination\\_sst.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/fiche_protocole_vaccination_sst.pdf)

## **157/ A qui incombe la prise en charge de la vaccination des salariés ?**

La vaccination est prise en charge par l'employeur dès lors qu'elle est justifiée par un risque professionnel.

En l'espèce, le Ministère du Travail indique que la cotisation versée annuellement au service de santé au travail interentreprises couvre l'ensemble des visites nécessaires. Par conséquent, le rendez-vous vaccinal n'engendre aucune charge financière supplémentaire pour l'employeur.

Les vaccins sont fournis gratuitement par l'État. Les services de santé au travail mettent à la disposition de la campagne vaccinale leurs ressources en termes de professionnels de santé et de logistique.

Il faut en outre souligner, s'agissant des transports internationaux, que l'article 11 quater de la CCNA 1 de la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport prévoit que « *Sont à la charge de l'employeur* :

a) *Les frais de vaccins, passeports, visas et permis de conduire nécessaires pour l'exécution du voyage à l'étranger (...)*».

### **158/ L'employeur peut-il imposer la vaccination contre le covid-19 à ses salariés ?**

#### **A) L'impossibilité pour l'employeur d'imposer aux salariés la vaccination en l'absence de dispositions légales rendant la vaccination obligatoire**

Du point de vue normatif, et en dehors des cas prévus par les textes, l'employeur n'est pas fondé à imposer une contrainte vaccinale.

En France, seul le législateur peut rendre une vaccination obligatoire. La vaccination a souvent été décriée comme attentatoire aux atteintes aux libertés individuelles, en particulier dans le contexte actuel où l'état d'urgence sanitaire souvent jugé comme liberticide risque de cristalliser les antagonismes autour de l'obligation vaccinale.

Mais la dimension mondiale de la pandémie, et les contraintes de vaccination imposées par d'autres pays pourraient changer la donne, au besoin en sollicitant l'avis du Conseil constitutionnel sur le bien-fondé de l'obligation vaccinale comme ce fut le cas en 2015. À l'époque, le Conseil constitutionnel avait été appelé à se prononcer sur la vaccination obligatoire pour les enfants.

Le Conseil avait alors estimé que le caractère obligatoire de la vaccination n'était pas contraire à la Constitution de 1958 et que l'objectif était conforme à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé telle qu'elle est garantie par le Préambule de 1946.

Le Parlement avait donc toute latitude pour définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective. Il n'est donc pas exclu que le même raisonnement soit adopté pour l'ensemble des citoyens, si l'obligation est dictée par un impératif de santé publique.

#### **B) Les sanctions encourues par un employeur voulant imposer la vaccination à ses salariés ou sanctionner des salariés récalcitrants**

En l'absence de dispositions légales ou réglementaires spécifiques, imposer un test PCR ou un vaccin aux salariés contreviendrait à l'article 16-3 du Code civil disposant que : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ».

Le Conseil d'État considère comme une liberté fondamentale, « *le droit de donner son consentement éclairé à un traitement* » (**Conseil d'État, arrêt du 16 août 2002 Mmes Valérie**).

**Les risques pour l'employeur en droit du travail** : en l'absence de texte rendant la vaccination obligatoire, l'employeur ne pourra pas faire dépendre la présence sur le lieu de travail d'un salarié à une vaccination. Ce faisant, il prendrait le risque d'une rupture du contrat de travail à ses torts.

Si la situation ne dégénère pas jusqu'à la rupture du contrat de travail, une sanction prononcée par l'employeur à l'encontre d'un salarié récalcitrant à la vaccination alors que celle-ci n'a pas été rendue obligatoire par les pouvoirs publics encourrait la nullité. Le salarié pourrait en outre, le cas échéant, obtenir des dommages intérêts.

#### **Les risques pour l'employeur par rapport à la CNIL (Commission Nationale Informatique et Libertés) :**

L'employeur pourrait être redevable d'une amende administrative de la CNIL pouvant aller de 2 à 4 % de son chiffre d'affaires. En effet, la Commission pourra notamment contrôler la pertinence et la proportionnalité des données collectées, ou encore mettre en demeure, sanctionner pécuniairement tout traitement ou procédé contraire aux droits des données personnelles. Serait alors passible d'une amende pouvant aller jusqu'à 20 millions d'euros ou 4 % de son chiffre d'affaires, l'entreprise violant les règles susvisées et ne respectant pas l'injonction émise par la CNIL (article 21 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés).

**Les risques pour l'employeur sur le plan de la responsabilité pénale** : L'employeur pourrait s'exposer à des sanctions pénales. En effet, l'article 226-18 du Code pénal énonce : « *Le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende* ».

**Les risques pour l'employeur sur le plan du droit civil** : L'employeur s'exposerait à des dommages et intérêts pour violation du droit de disposer de son corps et du droit à l'intégrité physique devant le tribunal judiciaire en application des dispositions des articles 16-1 et 16-2 du Code civil.

A NOTER : Depuis le 31 mai 2021, tout adulte peut se faire vacciner contre le covid-19. Il s'agit cependant d'une opération réalisée sur la base du volontariat.

### **159/ Un salarié peut-il exiger de son employeur qu'il lance une campagne de vaccination destiné à faire en sorte qu'il soit vacciné ?**

En l'état actuel du droit, la réponse à cette question est négative. La vaccination ne revêtant aucun caractère obligatoire pour la majeure partie de la population, un salarié ne peut pas exiger de son employeur l'exécution d'une telle démarche.

Cette idée a d'ailleurs pour corollaire le fait que l'employeur ne puisse pas imposer une procédure de vaccination obligatoire pour les salariés.

En janvier 2021, un particulier a intenté une procédure judiciaire contre l'Etat, dans le cadre d'un référé-liberté, pour que les juges ordonnent à l'Etat de le vacciner.

Dans une ordonnance de référé du 7 janvier 2021, le Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rejeté cette requête. Cette décision peut être analysée sous le prisme de la responsabilité éventuelle de l'employeur : si un salarié ne peut exiger des pouvoirs publics qu'il soit vacciné, il ne peut a fortiori pas engager la responsabilité de son employeur parce que celui-ci ne lui aurait pas proposé une vaccination.

### **160/ L'employeur peut-il recommander à ses salariés de se faire vacciner contre le covid-19 ?**

La prévention des risques professionnels consiste également dans l'obligation pour l'employeur de prendre les mesures de prévention pour les activités susceptibles de présenter un risque d'exposition à des agents biologiques, y compris des mesures de protection individuelles.

À ce titre, l'employeur peut, sur proposition du médecin du travail, recommander des vaccinations appropriées « *aux travailleurs non immunisés contre les agents biologiques pathogènes auxquels ils sont ou peuvent être exposés* ». Ces vaccinations sont alors à la charge de l'employeur.

Comme pour les vaccinations obligatoires, le médecin du travail peut pratiquer les vaccinations recommandées en cas de risques particuliers de contagion. Il doit procéder à une analyse individuelle du risque en fonction des caractéristiques du poste et de l'état de santé du travailleur en tenant compte de ses antécédents.

Autrement dit, il pourrait l'envisager pour les salariés dits « vulnérables » au sens du décret du 10 novembre 2020, mais également pour ceux qui bénéficient d'un suivi médical individuel renforcé et qui ne sont pas éligibles à la protection prévue par ledit décret.

### **161/ Une entreprise peut-elle valablement encourager la vaccination de ses salariés contre le covid-19 en instituant, par décision unilatérale, une prime récompensant les salariés bénéficiant d'un schéma vaccinal complet ?**

La réponse à cette question est négative.

La notion de prime peut être définie comme suit : il s'agit d'un complément de rémunération (ou de salaire) versé par l'employeur à tout ou partie de ses salariés à l'occasion ou en contrepartie du travail fourni en fonction de critères déterminés au préalable.

En droit français, toute prime doit, pour être licite, respecter deux conditions cumulatives :

- reposer sur un ou plusieurs critères objectifs (par exemple le temps de travail, la nature du travail- pénibilité, tâches liées à l'exécution de travaux particulièrement dangereux, autres...);
- ne pas être discriminatoire en générant une rupture d'égalité de traitement reposant sur un motif illicite (c'est-à-dire prohibé par la loi ou la jurisprudence) ;

Le respect de ces conditions s'applique quelle que soit l'origine de la prime : décision unilatérale de



l'employeur, accord d'entreprise ou de branche...

Il apparaît, au regard de la situation sanitaire actuelle, que certaines entreprises sont décidées de verser une prime à leurs salariés qui bénéficieraient d'un schéma vaccinal complet (impliquant les deux doses prescrites). Elles arguent du fait que le comportement vaccinal s'inscrit dans le cadre de «*la participation active à la démarche nationale de prévention sanitaire incitant à la vaccination*».

Le critère de la vaccination, comme critère de versement d'une prime, constitue un critère reposant sur la situation médicale du salarié à un instant T et non pas sur un élément objectif lié à l'exécution de la prestation de travail des salariés. En ce sens, ce critère est illicite. Il peut en effet être considéré comme revêtant un caractère discriminatoire dans la mesure où il caractérise une inégalité de traitement reposant sur un motif illicite (la prise en compte de l'état de santé du salarié).

En outre, il convient de rappeler qu'un employeur n'a pas le droit de savoir si ses salariés sont vaccinés ou non lorsque la vaccination ne présente pas de caractère obligatoire. Or, en instituant une prime liée à la vaccination des salariés, l'employeur aura nécessairement connaissance du statut vaccinal des salariés concernés, ce qui constitue une violation du secret médical.

### **162/ Le salarié acceptant, ou prenant l'initiative, d'une vaccination a-t-il le droit de s'absenter pour aller se faire vacciner sur ses heures de travail ?**

Dans ses questions-réponses, Le Ministère du Travail distingue plusieurs situations.

#### **Première situation : le salarié a recours à un service de santé au travail**

Si le salarié choisit de passer par son service de santé au travail, il est autorisé à s'absenter sur ses heures de travail. Aucun arrêt de travail n'est nécessaire et l'employeur ne peut en aucun cas s'opposer à son absence. Le salarié informe son employeur de son absence pour visite médicale sans avoir à en préciser le motif.

Le protocole national sanitaire actualisé au 30 juin 2021 confirme ce principe.

#### **Deuxième situation : le salarié atteint d'une affection de longue durée exonérante**

L'administration du travail précise que les salariés en situation d'affection de longue durée exonérante bénéficient d'une autorisation d'absence de droit pour cette vaccination rendue nécessaire par leur état de santé. L'employeur ne peut s'y opposer.

#### **Troisième situation : autres cas des salariés**

Le Ministère du Travail indique qu'en dehors des deux situations précédemment visées, dans tous les autres cas, il n'existe pas d'autorisation d'absence de droit.

Avant le protocole national sanitaire du 30 juin 2021, l'administration du travail incitait les employeurs à faciliter l'accès des salariés à la vaccination (ceci étant, cette formulation du Ministère du Travail était dépourvue de toute force obligatoire).

Le rédactionnel du protocole national sanitaire du 30 juin 2021 est plus strict. En effet, l'autorisation de l'employeur est désormais «*attendue au regard des impératifs de santé publique*». Il résulte de ce rédactionnel qui présente un aspect normatif et d'ordre public marqué que l'employeur aura à présent bien plus de difficultés à refuser une absence pour un tel motif.

On peut en conséquence également envisager que le maintien de la rémunération du salarié s'impose au regard de l'objet de l'absence, qui répond à une préoccupation d'intérêt général.

Les services du Ministère du Travail invitent les salariés désireux d'être vaccinés à se rapprocher de leur employeur afin de déterminer par le dialogue la meilleure manière de s'organiser.

A NOTER : Le protocole n'apporte aucune précision quant à la préservation du secret médical dans ces circonstances, contrairement à une vaccination effectuée par les services de santé au travail.

### **163/ Une entreprise, afin d'inciter fortement ses salariés à la vaccination, peut-elle opérer des différences de traitement entre les salariés vaccinés et les salariés non-vaccinés concernant les indemnités qu'elle est tenue de verser en cas d'arrêt de travail et d'isolement ?**

Au Royaume-Uni, certaines entreprises tentent de ne pas payer d'indemnités aux salariés non-vaccinés se trouvant en arrêt de travail du fait qu'ils soient cas contact.



Une telle pratique, en droit français, serait illégale et tomberait sous le coup de la loi pénale qui prohibe toute discrimination notamment liée à l'état de santé au sens large du salarié (or, le statut vaccinal intègre cette notion).

En l'absence d'obligation vaccinale légalement prévue, une entreprise ne peut en aucun cas refuser de verser, par exemple, des indemnités complémentaires dans le cadre d'arrêts maladie à des salariés au motif qu'ils ne seraient pas vaccinés.

L'interdiction de toute différence de traitement au quotidien (dont le traitement des arrêts de travail ne constitue que l'un des éléments) est prise en compte au niveau européen. Ainsi le règlement (UE) 2021/953 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2021 prévoit-il à son considérant n°36 : *« Il y a lieu d'empêcher toute discrimination directe ou indirecte à l'encontre des personnes qui ne sont pas vaccinées, par exemple pour des raisons médicales, parce qu'elles ne font pas partie du groupe cible auquel le vaccin contre la Covid-19 est actuellement administré ou pour lequel il est actuellement autorisé, comme les enfants, ou parce qu'elles n'ont pas encore eu la possibilité de se faire vacciner ou ne souhaitent pas le faire. Par conséquent, la possession d'un certificat de vaccination, ou la possession d'un certificat de vaccination mentionnant un vaccin contre la Covid-19, ne devrait pas constituer une condition préalable à l'exercice du droit à la libre circulation ou à l'utilisation de services de transport de voyageurs transfrontaliers tels que les avions, les trains, les autocars ou les transbordeurs ou tout autre moyen de transport. En outre, le présent règlement ne peut être interprété comme établissant un droit ou une obligation d'être vacciné ».*

Dans le même ordre d'idée, la résolution 2361 du Conseil de l'Europe dispose : *« Pour ce qui est de garantir un niveau élevé d'acceptation des vaccins (...) : s'assurer que les citoyens et citoyennes sont informés que la vaccination n'est pas obligatoire et que personne ne subit de pressions politiques, sociales ou autres pour se faire vacciner, s'il ou elle ne souhaite pas le faire personnellement (...); veiller à ce que personne ne soit victime de discrimination pour ne pas avoir été vacciné, en raison de risques potentiels pour la santé ou pour ne pas vouloir se faire vacciner ».*

Bien que la résolution du Conseil de l'Europe soit dépourvue de force obligatoire, elle n'en constitue pas moins un outil d'analyse en cas de contentieux, et la directive européenne, est, quant à elle, obligatoire.

#### **164/ Existe-t-il des professions considérées comme prioritaires dans la campagne de vaccination contre le covid-19 ?**

Depuis le 16 avril 2021, certaines catégories de professionnels de plus de 55 ans plus particulièrement exposés au covid-19 bénéficient de la vaccination.

Ont, dans un premier temps, été éligibles à la vaccination anti-Covid, les professionnels de plus de 55 ans ci-dessous :

- les professeurs des écoles, collèges et lycées (enseignement général, professionnel et agricole) ;
- les personnes travaillant dans les établissements scolaires (écoles, collèges et lycées) dans l'enseignement général, professionnel et agricole ;
- les professionnels de la petite enfance dont les assistants maternels ;
- les professionnels de la protection judiciaire de la jeunesse et les professionnels de la protection de l'enfance
- les policiers nationaux et municipaux ;
- les gendarmes ;
- les surveillants pénitentiaires.

Les travaux entre le Ministère du Travail et les organisations patronales et syndicales pour déterminer d'autres professions prioritaires (en particulier liées aux métiers dits de «la deuxième ligne» se sont poursuivies (les personnels de conduite des entreprises de transports routiers ont finalement été concernés par ce dispositif- cf question suivante).

#### **165/ Les conducteurs routiers font-ils partie de la liste des professions considérées comme prioritaires dans la campagne de vaccination contre le covid-19 ?**

La réponse à cette question est positive.

Élisabeth Borne, Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion et Laurent Pietraszewski, secrétaire d'État chargé des Retraites et de la Santé au travail, ont réuni les partenaires sociaux mardi 20 avril 2021 pour définir une liste de professions du secteur privé pouvant bénéficier de créneaux dédiés de vaccination en raison d'activités qui les amènent à être davantage en contact avec le virus.

L'objet de la concertation avec les organisations syndicales et patronales était de définir une liste complémentaire de professions du secteur privé.

Les échanges se sont déroulés à partir des travaux réalisés dans le cadre du chantier sur les travailleurs de la deuxième ligne, qui avaient permis d'identifier 17 familles de métiers sur la base de deux critères :

- des professions dont la nature des activités les amène à être potentiellement en contact avec le virus, par exemple en raison d'interactions avec le public ;
- un fort taux de présence sur site pendant les pics de l'épidémie, en raison d'une impossibilité à avoir recours au télétravail pour ces professions.

Sur la base de cette première liste, qui regroupe 4,6 millions de personnes, une priorisation a été réalisée avec trois critères complémentaires :

- le fait d'exercer en milieu clos ;
- le fait d'avoir une activité qui rend difficile le respect des gestes barrières ;
- le fait d'avoir été identifié comme profession à risque par l'étude de l'Institut Pasteur (Étude des facteurs sociodémographiques, comportements et pratiques associés à l'infection par le SARS-CoV-2 (ComCor), Institut Pasteur, mars 2021).

Ce sont potentiellement 400 000 salariés de 55 ans et plus qui sont concernés. Dès le week-end des 24 et 25 avril 2021, et a minima pour les deux prochaines semaines, ils pourront ainsi bénéficier de créneaux dédiés dans les centres de vaccination identifiés par les agences régionales de santé (ARS), sur présentation d'un justificatif :

- pour les salariés une déclaration sur l'honneur ou un bulletin de salaire ;
- pour les travailleurs indépendants (ex : chauffeurs de taxi) une déclaration sur l'honneur ou la carte professionnelle.

La liste des centres proposant les créneaux dédiés sera disponible sur les sites des ARS. Les professionnels concernés pourront bien entendu aussi continuer à se faire vacciner par les services de santé au travail ou en ville par les médecins ou les pharmaciens, comme l'ensemble des salariés de plus de 55 ans qui le souhaitent, au-delà des créneaux qui leur sont dédiés dans les centres de vaccination.

Une vingtaine de métiers ont été définis à partir de cette méthodologie. Ils sont recensés dans le tableau ci-dessous :

<b>Professionnels concernés</b>
<b>Conducteurs de véhicule</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Conducteurs de bus, de ferry et de navette fluviale</li> <li>- Conducteurs et livreurs sur courte distance</li> <li>- Conducteurs routiers</li> </ul>
<b>Chauffeurs Taxi</b> <b>Chauffeurs VTC</b>
<b>Contrôleurs des transports publics</b>
<b>Agents d'entretien</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Agents de nettoyage</li> <li>- Agents de ramassage de déchets</li> <li>- Agents de centre de tri des déchets</li> </ul>
<b>Agents de gardiennage et de sécurité</b>
<b>Commerces d'alimentation</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Caissières</li> <li>- Employés de libre-service</li> <li>- Vendeurs de produits alimentaires dont bouchers, charcutiers, traiteurs, boulangers, pâtisseries (<i>chefs d'entreprise inclus</i>)</li> </ul>
<b>Professionnels des pompes funèbres</b>
<b>Ouvriers non qualifiés de l'industrie agroalimentaire</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Salariés des abattoirs</li> <li>- Salariés des entreprises de transformation des viandes</li> </ul>

Voir le communiqué de presse du Ministère du Travail :

<https://travail-emploi.gouv.fr/actualites/presse/communiqués-de-presse/article/covid-19-ouverture-d-un-acces-facilité-dans-les-centres-de-vaccination-pour>

### **166/ En cas de vaccination obligatoire contre le covid-19, quel risquerait un employeur qui n'exécuterait pas cette obligation ?**

L'article L4121-1 du Code du travail précise que l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.

Toute la difficulté va résider dans le caractère obligatoire ou non de la vaccination contre la Covid-19 et qui seront les personnels visés par ladite obligation. Il est vraisemblable que les personnels des établissements ou organismes publics ou privés dans lesquels la vaccination des travailleurs est obligatoire, fixée par l'arrêté du 15 mars 1991, soient visés par cette obligation vaccinale.

En dehors de ces cas, et à ce stade, le coronavirus ne fait pas partie des agents biologiques infectieux spécifiquement visés par l'obligation vaccinale. Il ne peut donc être reproché à l'employeur son attentisme pour ne pas l'avoir respecté puisqu'elle n'est pas une contrainte normative.

Il fait en revanche partie des risques censés être évalués et pour lesquels des mesures de prévention doivent être envisagées.

Ainsi, les recommandations posées par les textes généraux qui évoquent la nécessité d'évaluer le risque biologique dont le risque infectieux fait partie et d'en prévenir les effets, au besoin par la vaccination pourraient poser question en termes de responsabilité.

En effet, l'obligation générale de prévention des risques professionnels pourrait sous-entendre que l'employeur adhère à la mise en place d'actions correctives collectives, mais également d'actions individuelles qui incluent la vaccination, ce d'autant plus que les textes permettent à l'employeur de recommander la vaccination sur proposition du médecin du travail.

L'inertie de l'employeur pourrait donc être sanctionnée (et donner lieu, par exemple, à une mise en cause de sa responsabilité civile) dès lors que :

- la réglementation applicable à l'entreprise impose la vaccination du salarié ;
- la vaccination est prescrite par le médecin du travail.

Il ne doit y avoir aucune contre-indication médicale relative à cette vaccination.

### **167/ En cas de vaccination obligatoire contre le covid-19, quel risquerait un salarié qui refuserait d'être vacciné ?**

#### **A) S'agissant de l'obligation vaccinale contre les maladies autres que le covid-19**

Compte tenu de l'obligation de protection de la santé pesant sur l'employeur et celle qui pèse également sur le salarié, ce dernier est tenu de respecter scrupuleusement les règles applicables en matière de protection de la santé et de la sécurité définies par la loi et le dispositif normatif d'entreprise.

Dès lors, si le travailleur se soustrait au respect de ces règles, il encourt une mesure disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement.

**La Cour de cassation avait d'ailleurs statué en ce sens dans un arrêt du 11 juillet 2012.** Elle avait alors précisé qu'en cas de refus du salarié d'être vacciné, le licenciement du salarié était tout à fait justifié dès lors que la réglementation l'imposait et que le salarié ne souffrait d'aucune contre-indication médicale : *«Mais attendu qu'après avoir justement retenu que la réglementation applicable à l'entreprise de pompes funèbres imposait la vaccination des salariés exerçant des fonctions les exposant au risque de la maladie considérée, la cour d'appel, qui a constaté la prescription de cette vaccination par le médecin du travail et l'absence de contre-indication médicale de nature à justifier le refus du salarié, en a exactement déduit que celui-ci ne pouvait s'y opposer».*

#### **B) Les spécificités liées à la vaccination contre le covid-19**

Au regard de la jurisprudence précédemment citée, il est vraisemblable que si le législateur rendait demain la vaccination contre la Covid-19 obligatoire à certaines professions, un salarié qui la refuserait, sans présenter un justificatif médical de contre-indication, pourrait encourir une sanction disciplinaire, être licencié ou se voir refuser un poste lors d'un processus de recrutement correspondant à une activité pour laquelle l'obligation vaccinale existe.

Une nuance importante est cependant à apporter au regard d'une particularité des vaccins à ARN messager Pfizer-BioNTech et Moderna, à savoir que leur essai en phase 3 se poursuit actuellement et qu'ils ont obtenu une autorisation de mise sur le marché dite «conditionnelle», à l'inverse des autres vaccins devenus obligatoires par le passé.

Une autorisation de mise sur le marché dite «conditionnelle» signifie selon l'ANSM que *«les laboratoires doivent fournir les données complémentaires provenant d'études nouvelles ou en cours dans des délais fixés par l'Agence européenne du médicament pour confirmer le rapport bénéfice/risque positif».*

Le fait qu'il s'agisse d'une vaccination en phase expérimentale ne saurait donc faire de doute. Pour les autres vaccins AstraZeneca et Johnson & Johnson, l'autorisation de mise sur le marché est également conditionnelle. L'autorisation de mise sur le marché non-conditionnelle ne peut intervenir qu'une fois achevée l'issue des essais cliniques (règlement européen CE n°726/2004 du 31 mars 2004, article 6).

Les essais en phase 3 étant toujours en cours actuellement concernant les quatre vaccins contre le covid19, (notamment jusqu'au 27 octobre 2022 pour le vaccin Moderna et au 2 mai 2023 pour le vaccin Pfizer), les rendre obligatoires pour certains salariés est totalement inédit.

Il s'agit en conséquence, au sens du droit de l'Union européenne (Directive n°2001/20/CE du 4 avril 2001, article 2, d) ) de médicaments expérimentaux utilisés dans un essai clinique. Le nombre de vaccins administrés n'est pas de nature à modifier cette qualification juridique.

Il pourrait ici s'agir d'un obstacle juridique sérieux à l'obligation vaccinale au regard du principe du consentement éclairé prévu à l'article L1122-1-1 du Code de la Santé publique, suivant lequel : *«Aucune recherche mentionnée au 1° de l'article L1121-1 ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé».*

Si l'on retient que les quatre vaccins anti-covid entrent dans cette catégorie, alors aucune entreprise ne devrait pouvoir l'imposer à ses salariés de manière licite, car la règle du consentement libre et éclairé à une expérimentation est bien établie en droit français (comme en droit de l'Union européenne).

En toutes hypothèses, rendre obligatoire un vaccin qui serait toujours en phase d'essai serait discutable au regard des arrêts précités, qui concernaient des vaccins dont la fiabilité et l'efficacité ne faisaient pas débat.

Concrètement, les salariés sanctionnés par leur employeur au motif qu'ils ne sont pas vaccinés contre le covid19 sont susceptibles d'exercer un recours sur ce fondement, devant le juge compétent, judiciaire pour les salariés de droit privé, administratif pour les fonctionnaires.

Pour autant, cet obstacle juridique ne serait pas forcément déterminant au regard du contexte sanitaire pouvant potentiellement être considéré comme caractéristique d'une urgence et en l'absence d'alternative solidement établie concernant l'existence de traitements ou de possibilités de soins pour le covid-19 (point qui pourrait cependant également être discuté lors d'un contentieux). Il faut rappeler que les autorisations de mise sur le marché conditionnelles sont prévues et juridiquement encadrées.

En outre, il faut rappeler que le risque zéro n'existant pas sur le plan médical, sauf à démontrer un degré de dangerosité particulier, il est tout à fait possible qu'à partir du moment où l'ensemble des procédures de mise en œuvre sur le marché ont été respectées, les dispositions relatives aux vaccinations obligatoires et à leurs conséquences soient considérées comme raisonnables (donc applicables) au regard de l'objectif poursuivi.

Pourtant, au-delà même du fait que les vaccins soient encore en phase expérimentale, la difficulté juridique pourrait naître de leur caractère particulièrement novateur par rapport aux vaccins «classiques», qui nécessite certainement une information encore plus poussée à destination des personnes concernées par une vaccination obligatoire dans la mesure où la méthodologie de vaccination utilisée n'a pas de précédent.

### **168/ Existe-t-il une jurisprudence européenne relative à un principe de vaccination obligatoire des individus ?**

#### **A) L'existence d'une jurisprudence de la CEDH relative à la vaccination classique des enfants**

Depuis le premier semestre de l'année 2021, une jurisprudence européenne sur le principe de la vaccination obligatoire des enfants contre certaines des maladies contre lesquelles les Etats prévoient généralement un principe de vaccination impérative (comportant des sanctions).

En effet, dans un arrêt du 8 avril 2021, la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a, pour la première fois, statué la vaccination obligatoire portant sur des maladies infantiles bien connues de la médecine. La CEDH a jugé, à propos de cette obligation vaccinale, que l'ingérence dans la vie privée est justifiée par l'objectif de santé publique (**8 avril 2021, Arrêt Vavricka contre République tchèque**).

Les faits d'espèce concernaient des situations conflictuelles s'étant déroulées en République tchèque. Il existe dans ce pays une obligation légale générale de vacciner les enfants contre neuf maladies bien connues de la médecine. Le respect de cette obligation ne peut toutefois pas être imposé physiquement. Les parents qui ne se conforment pas à cette obligation, sans raison valable, peuvent être condamnés au paiement d'une amende, et les enfants non vaccinés ne sont pas acceptés dans les écoles maternelles (une exception est faite pour ceux qui ne peuvent pas être vaccinés pour des raisons de santé).

Cinq requêtes avaient été introduites par des «enfants requérants» qui n'avaient pas été admis à l'école maternelle, leurs inscriptions ayant été annulées, faute d'avoir été vaccinés ou de n'avoir pas été vaccinés selon le calendrier prévu par la loi. Une requête (celle de M. Vavricka) avait été introduite par un père dont les deux enfants n'avaient pas été vaccinés, ce qui avait été considéré comme une infraction mineure ayant conduit à l'imposition d'une amende.

Ayant débouté par les juridictions internes, les personnes concernées ont saisi la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH). Les requérants invoquaient plusieurs articles de la Convention et en particulier l'article 8 (droit au respect de la vie privée) de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans son arrêt, la CEDH rappelle que, selon sa jurisprudence, la vaccination obligatoire, en tant qu'intervention médicale non volontaire, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée. Elle reconnaît que la politique de vaccination poursuit les objectifs légitimes de protection de la santé ainsi que des droits d'autrui, en ce qu'elle protège à la fois ceux qui reçoivent les vaccins en question et ceux qui ne peuvent pas se faire vacciner pour des raisons médicales et qui sont donc tributaires de l'immunité collective pour se protéger contre les maladies graves contagieuses en cause. **L'État défendeur bénéficie donc d'une ample marge d'appréciation dans ce contexte. Cette souplesse dans la marge d'appréciation de l'Etat membre est expressément reconnue par la CEDH.**

Elle a en outre constaté l'obligation vaccinale concerne neuf maladies contre lesquelles la vaccination est estimée sûre et efficace par la communauté scientifique, qui porte le même jugement sur la dixième vaccination, administrée aux enfants présentant des indications médicales spécifiques.

Concernant la question de l'innocuité des vaccins en cause, la CEDH a considéré qu'il n'était pas contesté que les vaccins, bien que totalement sûrs pour la grande majorité des patients, puissent dans de rares cas s'avérer néfastes pour un individu. Le Gouvernement a indiqué que sur environ 100 000 enfants vaccinés

chaque année en République tchèque (soit 300 000 vaccinations), on dénombre cinq ou six cas de dommages graves et potentiellement permanents pour la santé.

Compte tenu de ce risque très rare mais indéniablement très sérieux pour la santé d'un individu, les organes de la Convention ont souligné qu'il est important de prendre les précautions qui s'imposent avant la vaccination. Il s'agit évidemment de rechercher au cas par cas d'éventuelles contre-indications et de contrôler l'innocuité des vaccins utilisés. Pour la Cour, il n'y a lieu sur aucun de ces aspects de remettre en question le caractère adéquat du régime national.

Cette décision est naturellement sans rapport avec l'épidémie de Covid-19. Les requêtes ont été déposées il y a au minimum six ans, et le sujet porte sur la vaccination obligatoire des enfants. Mais il ne fait aucun doute que la CEDH pense aussi à l'actuelle pandémie. Certains passages de la décision révèlent que la CEDH n'est pas hostile au principe de l'obligation vaccinale. La Cour déclare ainsi : "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 (...), 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".

Pour autant, il convient de relativiser la portée de cet arrêt de la CEDH au regard de l'actuelle pandémie de covid-19. La portée de cet arrêt est à relativiser.

Il ne signifie probablement pas qu'une vaccination obligatoire contre la Covid-19 serait nécessairement conforme à la Convention EDH.

Dans l'affaire dans laquelle la Cour a eu à rendre une décision, plusieurs éléments importants ont été pris en compte :

- la vaccination existait depuis de nombreuses années ;
- les maladies contre lesquelles le vaccin lutte sont graves ;
- les effets secondaires sont connus et très largement en faveur de la santé ;
- les conséquences d'une non-vaccination étaient temporaires et limitées ;
- la vaccination obligatoire n'entraînait pas une contrainte physique à procéder à une vaccination.

Dans le cadre de la pandémie actuelle, les choses sont très différentes. Concernant la crise sanitaire le gouvernement a envisagé l'instauration d'un passeport sanitaire.

La Cour européenne des Droits de l'Homme procédera certainement à une analyse in concreto de la situation qui sera portée à sa connaissance en fonction de critères objectifs qui seront (notamment) les suivants :

- gravité de la maladie ;
- effets secondaire connus ;
- conséquence de la non-vaccination.

A ce jour la maladie du covid-19 est grave pour une partie de la population, en particulier les personnes âgées ou présentant des pathologies préexistantes ou des comorbidités. Pour 99%, de la population cette maladie ne conduit pour l'heure pas à la mort (même si certains symptômes de la maladie peuvent perdurer dans le temps et d'avérer très gênant, voire handicapant, sans que la science ne soit à l'heure actuelle en capacité d'expliquer précisément cette situation).

Concernant les effets secondaires des vaccins, à ce jour il n'existe pas un recul suffisant. Surtout, une méfiance existe compte tenu des suspensions et interdictions de certains vaccins en cours. Des cas de thrombose ont été révélés et il convient de déterminer s'ils sont sans lien avec les vaccins réalisés.

Dans ces conditions, et compte tenu de la jurisprudence de la CEDH, si le principe d'un passeport vaccinal pourrait en soi être validé compte tenu de la marge d'appréciation que dispose les Etats en la matière, en revanche, il n'est pas certain que le principe d'une vaccination obligatoire contre le covid-19 ne puisse pas être remis en question.

**Voir le texte de l'arrêt de la CEDH :**

[https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice\\_display&id=38238&opac\\_view=-1](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice_display&id=38238&opac_view=-1)

Pour autant, une décision de la CEDH du 24 août 2021 relative à la vaccination contre le covid-19 semble révéler une appréciation des juges européens plutôt favorable aux mesures de vaccination obligatoire.



## **B) L'existence d'une jurisprudence de la CEDH concernant la vaccination destinée à lutter contre le covid-19**

La décision de la CEDH du 24 août 2021 est la première jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme concernant l'obligation vaccinale contre le covid-19. Cette décision de la CEDH n'est pas survenue sur le fond, mais sur la forme, concernant des problématiques de procédures.

La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a, en effet, rejeté mardi 24 août 2021 une requête de 672 pompiers professionnels et volontaires (portée essentiellement par le syndicat SUD) contre l'obligation vaccinale contre le Covid-19 en France,

La Cour a estimé que ces demandes étaient hors du champ d'application de l'article 39 de son règlement qui permet de la saisir selon une procédure d'urgence lorsque les requérants sont exposés à «*un risque réel de dommages irréparables*».

Il faut préciser que la CEDH peut, en vertu de l'article 39 de son règlement, indiquer des mesures provisoires à tout État partie à la Convention européenne des droits de l'homme. Les mesures provisoires sont des mesures d'urgence qui, selon la pratique constante de la Cour, ne s'appliquent que lorsqu'il y a un risque imminent de dommage irréparable. Il s'agit de mesures prises dans le cadre du déroulement de la procédure devant la Cour et qui ne présagent pas de ses décisions ultérieures sur la recevabilité ou sur le fond des affaires en question.

Dans la plupart des cas, les requérants demandent la suspension de leur expulsion ou de leur extradition. La Cour ne fait droit à ces demandes de mesures provisoires qu'à titre exceptionnel, lorsque les requérants seraient exposés – en l'absence de telles mesures – à un risque réel de dommages graves et irréversibles. Ces mesures sont alors indiquées au gouvernement défendeur.

D'un point de vue pratique, chaque demande fait l'objet d'un examen individuel et prioritaire, dans le cadre d'une procédure écrite. Les requérants et les gouvernements sont informés des décisions de la Cour concernant les demandes de mesures provisoires. Les décisions de refus d'application de l'article 39 ne sont susceptibles d'aucun recours.

Les pompiers requérant se fondaient sur les articles 2 (droit à la vie) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme. Ils demandaient à la CEDH :

-À titre principal, de «*suspendre l'obligation vaccinale telle que prévue par l'article 12 de la loi du 5 août 2021*».

-À titre subsidiaire, de «*suspendre les dispositions prévoyant l'interdiction d'exercer leur activité, opposée aux personnes n'ayant pas satisfait à l'obligation vaccinale*», et de «*suspendre les dispositions prévoyant l'interruption du versement de leur rémunération pour les personnes qui n'auraient pas satisfait à l'obligation vaccinale, telle que prévue par l'article 12 de la loi du 5 août 2021*».

Bien que les juges n'aient pas statué sur le fond des dispositions de la législation française en matière d'obligation vaccinale, le refus de faire droit aux demandes exprimées par les pompiers signifie, pour les juges de la CEDH, qu'au regard des connaissances scientifiques actuelles et des démarches vaccinales internationales destinées à lutter contre le covid-19, le fait de devoir être vacciné ne constitue pas en soi un risque réel de dommages irréparables qui aurait justifié une décision en urgence.

C'est là un point extrêmement important alors même que les vaccins à ARN ne bénéficient pour l'heure que d'une autorisation conditionnelle de mise sur le marché. Cette seule autorisation conditionnelle, pas plus que le caractère novateur de ces vaccins, ne permettent, pour la CEDH, de caractériser l'existence d'un risque réel de dommages irréparables.

### **169/ Quel est le régime de responsabilité juridique de droit commun dans le cadre d'une vaccination non-obligatoire contre le covid-19 ?**

La vaccination n'étant pas obligatoire, la responsabilité de l'Etat, en cas de problème lié à cette vaccination, ne peut pas être engagée.

Si un dommage était dû à l'injection, le médecin du travail serait juridiquement responsable de ce dommage.

Si la vaccination est réalisée par un service tiers, le principe d'accident du travail pourrait être retenu en cas de dommage subi par le salarié lors de la vaccination. En d'autres termes, l'employeur volontaire dans le cadre d'une campagne de vaccination non-obligatoire prendra nécessairement un risque juridique. Pour autant, le Ministère des Affaires Sociales et de la Santé a apporté des précisions juridiques sur ce point dans une fiche en date du 15 février 2021.

### **170/ Existe-t-il des règles spécifiques de réparation des accidents médicaux liés à**

## une vaccination obligatoire?

Oui. **En matière de vaccination obligatoire, l'Etat est responsable de plein droit des dommages causés par un vaccin depuis la loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.**

Depuis cette loi, c'est l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), qui assure cette réparation, au titre de la solidarité nationale.

Cela signifie que les personnes vaccinées pourront voir réparés leurs dommages par la solidarité nationale sans avoir à prouver de faute ou de défaut du produit.

L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales (ONIAM) est un établissement public créé par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Il a pour mission d'organiser le dispositif d'indemnisation – amiable, rapide et gratuit - des victimes d'accidents médicaux (en application des dispositions de l'article L3131-15 du Code de la Santé publique).

Par le biais de ce dispositif, la victime d'un accident médical grave peut être indemnisée :

- lorsqu'il y a eu une faute par l'assurance du professionnel ou de l'établissement de santé ;
- lorsqu'il n'y a pas eu de faute et que l'accident médical est anormal par l'ONIAM.

Il s'agit des dommages occasionnés par :

- un accident médical ou des dommages imputables à une activité de recherche biomédicale,
- une affection iatrogène (effet secondaire lié à un traitement médical),
- une infection nosocomiale (infection contractée dans un établissement de santé)

La victime peut ainsi être indemnisée rapidement grâce à un dispositif de traitement amiable de son dossier sachant qu'elle peut toujours, si elle le préfère, saisir les tribunaux.

Chaque type d'accident médical, qui donne droit à une indemnisation, bénéficie d'une procédure spécifique.

### 171/ Existe-t-il une jurisprudence concernant l'indemnisation des accidents médicaux liés à une vaccination obligatoire ?

Oui, mais qui n'est pas spécifiquement liée à la pandémie de covid-19. En effet, le Conseil d'Etat, dans un arrêt (publié) du 29 septembre 2021, a eu à statuer sur un recours d'une personne ayant subi, dans le cadre d'une vaccination obligatoire contre l'hépatite B, des effets secondaires graves.

Alors que la Cour administrative d'appel de Nantes avait, dans un arrêt du 5 juillet 2019, rejeté le recours en indemnisation de la victime (confirmant ainsi le jugement du tribunal administratif en première instance) l'arrêt du Conseil d'Etat censure l'arrêt rendu par la Cour d'appel.

La motivation est particulièrement éclairante : il est en effet affirmé que le juge administratif **ne peut écarter une demande d'indemnisation des dommages imputables à une vaccination obligatoire qu'en l'absence de toute probabilité de l'existence d'un lien de causalité entre l'administration du vaccin et effets secondaires subis par le patient.**

En l'espèce, la Cour administrative d'appel avait considéré qu'aucun lien de causalité n'était démontré, en l'état actuel des connaissances scientifiques à la date de sa décision, entre la vaccination contre l'hépatite B et les dommages subis par la victime.

La Haute Juridiction administrative annule purement et simplement cette décision : le Conseil d'Etat reproche ouvertement aux juges du fond d'avoir « *commis une erreur de droit* ». Ainsi le doute scientifique permet à la victime d'une pathologie post-vaccinale de solliciter indemnisation.

Le Conseil d'Etat a également rappelé les différents critères qui doivent être retenus par les juges du fond dans leur analyse :

- le délai normal entre l'apparition des symptômes et la vaccination pour l'affection dont souffre la victime ;
- l'éventuelle aggravation de ces derniers en relation avec la vaccination ;
- la certitude de ce que les symptômes ne proviennent pas d'une autre cause médicale avérée.

Le principe de responsabilité des pouvoirs publics se trouve considérablement renforcé par l'attendu du Conseil d'Etat aux termes duquel : *«En effet, pour écarter toute responsabilité de la puissance publique, il appartenait à la cour, non pas de rechercher si le lien de causalité entre l'administration d'adjuvants aluminiques et les différents symptômes attribués à la myofasciite à macrophages était ou non établi, mais de s'assurer, au vu du dernier état des connaissances scientifiques en débat devant elle, qu'il n'y avait aucune probabilité qu'un tel lien existe.»*

**Voir l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 septembre 2021 :**

[https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000044134266?juridiction=TRIBUNAL\\_CONFLIT&page=1&pageSize=10&query=435323&searchField=ALL&searchType=ALL&sortValue=DATE\\_DESC](https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000044134266?juridiction=TRIBUNAL_CONFLIT&page=1&pageSize=10&query=435323&searchField=ALL&searchType=ALL&sortValue=DATE_DESC)

La position ressemble fortement à une quasi-présomption de responsabilité de l'Etat en cas de dommages subis par une personne dans le cadre d'une politique de vaccination obligatoire.

### **172/ Existe-t-il des règles spécifiques de réparation des accidents médicaux résultant de la vaccination contre le covid-19 ?**

Oui. Le Ministère des Solidarités et de la Santé a élaboré une fiche en date du 15 février 2021 dans laquelle sont précisées les règles applicables en cas d'accident médical imputable à la campagne de vaccination contre le covid-19. La fiche est rédigée comme suit :



La réparation intégrale des accidents médicaux imputables à des activités de soins réalisés à l'occasion de la campagne vaccinale anti-Covid-9 sera assurée par l'ONIAM au titre de la solidarité nationale, comme elle l'a été pour la campagne de vaccination H1N1 ou comme elle l'est pour les vaccins obligatoires.

Concrètement, l'accès de la victime à l'ONIAM est facilité :

- elle n'a pas, contrairement au droit commun de la responsabilité médicale, à démontrer que son préjudice est supérieur à un seuil de gravité défini par décret : tout préjudice est réparé, quelle que soit l'ampleur des dommages corporels subis ;
- elle n'a pas à démontrer qu'il existe un défaut du produit ou une faute du praticien.

Les professionnels de santé qui participent à la campagne vaccinale, y compris en tant que libéraux, et les personnes qui concourent à l'organisation et au fonctionnement des centres de vaccination et des équipes mobiles, y compris les bénévoles, agissent pour le compte de l'Etat et bénéficient à ce titre, dans la limite de leurs compétences, de la protection fonctionnelle.

La protection fonctionnelle est assurée tant sur le plan civil que pénal, sauf en cas de faute personnelle détachable du service. Dès lors, la responsabilité du professionnel ne peut pas être engagée par un tiers et l'Etat doit couvrir les éventuels frais de justice et indemnités dues à la victime. L'administration ne peut refuser la protection fonctionnelle à un agent lorsque les conditions en sont remplies.

Les fautes personnelles détachables du service sont définies par la jurisprudence, comme un comportement revêtant, eu égard à la gravité exceptionnelle des faits et de leurs conséquences, un caractère inexcusable. Un simple défaut d'information, de surveillance du patient, un retard, un oubli, une abstention, ou une inaction sont généralement qualifiés par les juges comme des fautes de service, et ne pourraient donc engager la responsabilité d'un professionnel de santé dans le cadre de la campagne de vaccination.

Voir le lien vers le site de l'ONIAM :

<https://www.oniam.fr/accidents-medicaux-indemnis%C3%A9s/vaccination-contre-la-covid-19>

## Partie 19 : La sortie de l'état d'urgence sanitaire et la gestion de la sortie de la crise sanitaire à compter du mois de juin 2021

Depuis le 2 juin 2021, l'état d'urgence sanitaire a officiellement pris fin. Cela ne signifie pas que des mesures de restrictions des déplacements et activités ne perdurent pas sur le territoire national.

### **173/ L'Etat prévoit-il la mise en place d'une réglementation spécifique pour assurer la gestion de la sortie de la crise sanitaire ?**

Oui. Un projet de loi relatif à la gestion de la sortie de crise sanitaire a été adopté par le Parlement. Il a fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel qui, dans une décision du 31 mai 2021, l'a validé presque sans réserve.

Ce texte prévoit l'existence d'une période transitoire devant s'achever au 30 septembre 2021.

L'ensemble des mesures d'urgence qui doivent être prolongées le seront donc au maximum jusqu'à cette date. En matière sociale, elles concernent notamment la possibilité d'imposer jusqu'à huit jours de congés payés ainsi que la prise de jours de repos, les conditions dérogatoires de prolongation des contrats courts ou encore la possibilité de réunir le CSE à distance.

Le gouvernement est également habilité à prendre, par ordonnance, et jusqu'au 30 septembre, des mesures relatives à l'activité partielle mais aussi à l'activité partielle de longue durée (APLD).

## **174/ Qu'est-ce que la loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire ?**

Il s'agit d'une loi provisoire, qui, en l'état de la situation épidémique actuelle, devait perdurer jusqu'au 30 septembre 2021. Compte tenu des évolutions de la situation sanitaire, les pouvoirs publics ont été conduits à l'ajuster pour adopter de nouvelles mesures restrictives plus conséquentes.

RAPPEL : depuis 2 juin 2021, l'état d'urgence sanitaire a été levé en France métropolitaine (il peut être réintroduit par en fonction de l'évolution de la situation épidémique).

### **A) Maintien de pouvoirs de restrictions des libertés par le pouvoir réglementaire**

Le texte de loi offre la possibilité au Premier Ministre, aux seules fins de combattre l'épidémie, d'adopter les mesures suivantes :

1/ Réglementer ou, dans certaines parties du territoire dans lesquelles est constatée une circulation active du virus, interdire la circulation des personnes et des véhicules ainsi que l'accès aux moyens de transport collectif et les conditions de leur usage et, pour les seuls transports aériens et maritimes, interdire ou restreindre les déplacements de personnes et la circulation des moyens de transport, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux, professionnels et de santé ;

2/ Réglementer l'ouverture au public, y compris les conditions d'accès et de présence, d'une ou de plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion, à l'exception des locaux à usage d'habitation, en garantissant l'accès des personnes aux biens et aux services de première nécessité.

La fermeture provisoire d'une ou de plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion peut, dans ce cadre, être ordonnée lorsqu'ils accueillent des activités qui, par leur nature même, ne permettent pas de garantir la mise en œuvre des mesures de nature à prévenir les risques de propagation du virus ou lorsqu'ils se situent dans certaines parties du territoire dans lesquelles est constatée une circulation active du virus ;

3/ Réglementer les rassemblements de personnes, les réunions et les activités sur la voie publique et dans les lieux ouverts au public ;

4/ Imposer aux personnes effectuant certains déplacements sur le territoire national de présenter le résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par le covid-19, un justificatif de statut vaccinal concernant le covid-19 ou un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par le covid-19 ;

5/ Subordonner l'accès des personnes à certains lieux, établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes pour des activités de loisirs ou des foires ou salons professionnels à la présentation d'un passe sanitaire, c'est-à-dire la présentation soit du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par le covid-19, soit d'un justificatif de statut vaccinal concernant le covid-19, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par le covid-19. Cette réglementation est appliquée en prenant en compte une densité adaptée aux caractéristiques des lieux, établissements ou événements concernés, y compris à l'extérieur, pour permettre de garantir la mise en œuvre de mesures de nature à prévenir les risques de propagation du virus.

6/ Habilitier le représentant de l'Etat territorialement compétent à prendre toutes les mesures générales ou individuelles d'application de ces dispositions. Lorsque les mesures prévues aux mêmes I et II doivent s'appliquer dans un champ géographique qui n'excède pas le territoire d'un département, le Premier ministre peut habilitier le représentant de l'Etat dans le département à les décider lui-même. Les décisions sont prises par ce dernier après avis du directeur général de l'agence régionale de santé. Cet avis est rendu public ;

7/ Habilitier le représentant de l'Etat dans le département à ordonner, par arrêté pris après mise en demeure restée sans effet, la fermeture des établissements recevant du public qui ne mettent pas en œuvre les obligations qui leur sont imposées ;

8/ Imposer un couvre-feu au cours d'une plage horaire comprise entre 21 heures et 6 heures, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé.

**Voir la loi n°2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043567200>

### **175/ Qu'est-ce que le « passe sanitaire » prévu par la loi relative à la gestion de la sortie de la crise sanitaire du 31 mai 2021 ?**

La loi du 31 mai 2021 organisant la fin de l'état d'urgence sanitaire prévoit la mise en place d'un « passe sanitaire », entrant en vigueur le 9 juin 2021 en France.

Selon les pouvoirs publics, ce « passe sanitaire » est mis en place de façon temporaire pour accompagner ma population française au retour à une vie normale tout en minimisant les risques de contamination. Il n'est pas nécessaire pour toutes les activités relevant de la vie quotidienne : lieu de travail, grandes surfaces, services publics ou encore restaurants et cinémas.

**Définition de la notion de passe sanitaire : L'expression désigne une mesure de lutte contre la pandémie de Covid-19, en même temps qu'un document qui la concrétise. Ce document est une attestation nominative de vaccination contre le Covid-19 ou un test de dépistage négatif très récent, ou encore un test de dépistage positif de plus de 15 jours. Il prouve que la personne qui le possède n'est pas atteinte du coronavirus.**

Sur ce « passe sanitaire » peut figurer : le certificat de test négatif, le certificat de rétablissement du covid-19 et le certificat de vaccination contre le Covid-19.

Depuis le 3 mai 2021, toutes les personnes vaccinées contre le Covid-19 disposent après l'injection, d'une attestation de vaccination dite « certifiée » au format papier, délivrée par le professionnel de santé habilité à la vaccination. Elle peut être stockée dans l'application TousAntiCovidCarnet sous format numérique, pour voyager par exemple.

Les pouvoirs publics ont mis en ligne une foire aux questions (FAQ) ainsi qu'un questions-réponses :

[https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2021/06/tousanticovid\\_faq\\_pro\\_10062021.pdf](https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2021/06/tousanticovid_faq_pro_10062021.pdf)

<https://www.gouvernement.fr/pass-sanitaire-toutes-les-reponses-a-vos-questions>

ATTENTION : depuis le 24 janvier 2022, le passe sanitaire a été remplacé (sans toutefois totalement disparaître) par un passe vaccinal.

### **176/ Quelles sont les modalités d'application du passe sanitaire prévues réglementairement (lorsqu'il est encore possible de recourir au passe sanitaire) ?**

Ces modalités de mise en œuvre sont fixées par le décret n°2021-724 du 7 juin 2021 qui a été publié au Journal Officiel du 8 juin 2021.

#### **A) Le justificatif de toute contamination au covid-19**

Sont de nature à justifier de l'absence de contamination par le covid-19 :

1° Un examen de dépistage RT-PCR ou un test antigénique d'au plus 24 heures dans les conditions prévues.

Le type d'examen admis peut être circonscrit aux seuls examens de dépistage RT-PCR ou à certains tests antigéniques si la situation sanitaire, et notamment les variants du SARS-CoV-2 en circulation, l'exige.



2° Un justificatif du statut vaccinal est considéré comme attestant d'un schéma vaccinal complet de l'un des vaccins contre la covid-19 ayant fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché délivrée par l'agence européenne du médicament :

a) S'agissant du vaccin "Covid-19 Vaccine Janssen", 28 jours après l'administration d'une dose. Il s'agit ici du vaccin dénommé Johnson & Johnson.

b) S'agissant des autres vaccins, 14 jours après l'administration d'une deuxième dose, sauf en ce qui concerne les personnes ayant été infectées par la covid-19, pour lesquelles ce délai court après l'administration d'une dose. Entrent notamment dans cette catégorie, le vaccin AR Messenger PfizerBioNTech.

**Les personnes vaccinées devront donc faire attention sur le délai de latence qui varie de 28 jours pour le vaccin Johnson & Johnson et de 14 jours pour les autres. C'est la condition dirimante pour valider le statut de personne pleinement vaccinée.**

3° Un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 est délivré sur présentation d'un document mentionnant un résultat positif à un examen de dépistage RT-PCR ou à un test antigénique réalisé plus de quinze jours et moins de six mois auparavant.

Ce certificat, initialement valable pour une durée de six mois à compter de la date de réalisation de l'examen ou du test mentionnés à la phrase précédente, ne le sera plus que pour une durée de 4 mois à compter du 15 février 2022 (selon les annonces du Ministère de la Santé). Cette disposition traite du cas des personnes qui ont développé une contamination au covid-19 et qui ont développé une immunité naturelle. Elles ne peuvent pendant un certain temps recevoir de protection vaccinale eu égard à cette immunité consécutive à l'affection contractée.

### **B) Les justificatifs à présenter**

1° Pour le résultat de l'examen de dépistage virologique ou le certificat de rétablissement par le système d'information national de dépistage dit SI-DEP.

2° Pour le justificatif de statut vaccinal par le traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé Vaccin Covid. Les autorités habilitées à générer ces justificatifs au sein de l'Union européenne figurent sur un répertoire rendu public par la Commission européenne.

Tout justificatif généré dans les conditions ci-dessus comporte les noms, prénoms, date de naissance de la personne concernée et un code permettant sa vérification. Ces justificatifs peuvent être librement enregistrés par la personne concernée sur l'application mobile dénommée TousAntiCovid, comportant à cet effet la fonctionnalité dite TAC Carnet.

La personne concernée peut supprimer à tout moment les justificatifs enregistrés sur l'application mobile.

Ces justificatifs peuvent être présentés sous format papier ou numérique, enregistré sur l'application mobile TousAntiCovid ou tout autre support numérique au choix de la personne concernée.

### **C) Les personnes habilitées à exiger la présentation du passe sanitaire**

Le décret n°2021-724 du 7 juin 2021 précise que sont autorisées à demander la présentation du passe sanitaire :

- les exploitants de services des transports de voyageurs ;
- Les personnes chargées du contrôle sanitaire aux frontières ;
- les responsables des lieux et établissements ou les organisateurs des événements dont l'accès est subordonné à leur présentation en application du présent décret ;
- les agents de contrôle habilités à constater les infractions prévues à l'article L3136-1 du Code de la santé publique.

En pratique, les personnels et contrôleurs des sociétés de transports routiers, ferroviaires, maritimes et aériens peuvent demander le passe sanitaire. Les personnels des compagnies aériennes, mais aussi des

transports maritimes peuvent l'exiger à des fins de contrôle (dès l'instant où le transit n'est pas purement national ou métropolitain). Ce sera le cas pour la Corse et les territoires d'Outre-mer dès cet été.

Les vigiles ou responsables placés à l'entrée d'un festival, d'une salle de spectacle, d'un concert, d'un stade en vue d'un événement sportif, des parcs d'attractions par exemple peuvent l'exiger lorsque l'événement dépasse la jauge des 1000 personnes fixée par les pouvoirs publics.

La référence aux agents de contrôle est plus floue : dans un rapport du 8 juin, la CNIL souligne : «*la Commission s'interroge sur les raisons pour lesquelles des agents de contrôles, habilités à constater les infractions relatives au passe sanitaire, devraient pouvoir être également habilités à contrôler les justificatifs pour autoriser, en dehors de leur mission de police judiciaire, les déplacements ou l'accès aux lieux, établissements et événements concernés par le passe sanitaire*» Les pouvoirs publics n'ont pour l'heure pas répondu à cette inquiétude exprimée par la CNIL.

#### **D) Les personnes n'étant pas habilitées à exiger la présentation du passe sanitaire**

Le décret fixe une liste limitative des personnes habilitées à exercer les contrôles relatifs au passe sanitaire. En conséquence, aucune autre personne ou autorité ne peut valablement exiger la présentation du passe sanitaire. Ainsi, en cas d'événement où il y a moins de 1000 personnes, les responsables des lieux ne sont pas en droit d'exiger la présentation d'un passe sanitaire (c'est, à titre d'illustration, le cas des musées, des restaurants, des bars, des salles de sports ou encore des piscines notamment).

### **177/ Le «passe sanitaire» est-il légal et conforme au respect des libertés fondamentales ?**

La réponse, selon trois prises de position du Conseil d'Etat, est positive. La première prise de position résulte d'une ordonnance de référé du Conseil d'Etat du 6 juillet 2021, est positive. La Haute Juridiction administrative estime que les dispositions ne contreviennent à aucune liberté fondamentale de manière inconsidérée au regard de l'objectif poursuivi et de leur contenu.

#### **A) L'ordonnance de référé du Conseil d'Etat du 6 juillet 2021**

Une association, l'association *La Quadrature du Net*, avait demandé au juge des référés du Conseil d'Etat de suspendre le «passe sanitaire », craignant un usage de données personnelles sensibles (état civil, justificatifs de statut vaccinal ou de résultat de test).

Mais la Haute Juridiction administrative, analysant l'objectif poursuivi par les pouvoirs publics, le principe de proportionnalité de la mesure de restriction de libertés individuelles ainsi que la pertinence de ladite mesure, a opposé une fin de non-recevoir à cette requête. Le juge des référés administratif a mis en avant plusieurs principes :

- a) le «passe sanitaire» permet de réduire la circulation du virus en limitant les flux et croisements de personnes. Il répond ainsi à un motif d'intérêt public pour la préservation de la santé de la population
- b) le «passe sanitaire» est uniquement demandé pour les déplacements à destination ou en provenance de l'étranger, de Corse ou des Outre-mer, et pour l'accès à certains lieux, établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes (loisirs, foires, salons professionnels...);
- c) le «passe sanitaire» n'est pas nécessaire à l'exercice des libertés de culte, de réunion ou de manifestation, ni aux activités quotidiennes (travail, magasins, restaurants...);
- d) le passe sanitaire numérique est facultatif et repose sur la conservation et le contrôle par chacun, sur son propre téléphone mobile, de certaines de ses données de santé (module «Carnet» de l'application TousAntiCovid). Ce choix limite, selon les magistrats, la collecte et le traitement des données de santé sur des bases nationales et réduit les risques de piratage ou d'erreur. En outre, le contrôle des justificatifs par l'application TousAntiCovid Vérif se fait également au niveau local.

Voir l'ordonnance de référé du Conseil d'Etat du 6 juillet 2021 :

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-conseil-d-etat-ne-suspend-pas-le-passe-sanitaire>

La seconde prise de position du Conseil d'Etat résulte d'un avis du 19 juillet 2021 concernant le second projet de loi de gestion de la crise sanitaire actuellement discuté au Parlement.

#### **B) L'avis du Conseil d'Etat du 19 juillet 2021 relatif au second projet de loi de gestion de la crise sanitaire**

Dans cet avis, la Haute Juridiction administrative valide le projet d'extension du passe sanitaire contenu dans le projet de loi. Elle énonce pour ce faire : «Le Conseil d'Etat relève qu'en l'espèce, le Conseil scientifique a, dans ses avis des 6 et 16 juillet 2021, mis en évidence l'intérêt d'un tel élargissement du dispositif pour protéger contre les variants connus et inconnus et pour prévenir des restrictions sanitaires encore plus contraignantes.

En outre, ainsi qu'il est dit au point 7, il ressort des données épidémiologiques communiquées par le Gouvernement, fondées notamment sur les projections de l'Institut Pasteur de juillet à octobre 2021, qu'en l'absence d'abaissement significatif du taux d'incidence actuel du virus, le nombre des hospitalisations et admissions en soins critiques pourrait dépasser celui constaté à l'occasion des trois premières vagues de l'épidémie.

Le Conseil d'Etat estime qu'au vu des éléments communiqués par le Gouvernement ainsi que des avis du Conseil scientifique précédemment mentionnés, le fait de subordonner l'accès à des activités de loisirs, à des établissements de restauration ou de débit de boissons et à des foires et salons professionnels à la détention d'un des justificatifs requis est, en dépit du caractère très contraignant de la mesure pour les personnes et les établissements concernés, de nature à assurer une conciliation adéquate des nécessités de lutte contre l'épidémie de covid-19 avec les libertés, et en particulier la liberté d'aller et venir, la liberté d'exercer une activité professionnelle et la liberté d'entreprendre.

Le Conseil d'Etat s'est ensuite interrogé sur le point de savoir si le fait d'exiger l'un de ces justificatifs pour les déplacements de longue distance au sein du territoire national répondait aux conditions de nécessité et de proportionnalité. Il a également examiné la mesure proposée au regard de la nature et des effets des mesures actuellement mises en œuvre dans les transports en commun pour limiter la propagation de l'épidémie.

Eu égard, d'une part, aux effets attendus de la mesure pour limiter la propagation de l'épidémie, s'agissant de déplacements au cours desquels les passagers se côtoient pendant une longue durée dans un espace clos, et, d'autre part, à la circonstance que la majorité de ces déplacements présentent un caractère occasionnel et sont susceptibles d'être programmés à l'avance, le Conseil d'Etat estime que la mesure ne porte pas à la liberté d'aller et venir des personnes concernées ainsi qu'à leur droit au respect de la vie privée et familiale, une atteinte disproportionnée, sous réserve toutefois que soit introduite dans le projet de loi une disposition permettant de tenir compte de l'hypothèse où, compte tenu de nécessités impérieuses, les personnes concernées seraient contraintes d'effectuer ces déplacements en urgence, sans être en mesure de se munir en temps utile du justificatif exigé et dans le respect des gestes barrières. Il relève enfin qu'il appartiendra au pouvoir réglementaire de déterminer les trajets concernés, de façon à n'inclure dans le champ de la mesure que ceux d'une durée suffisamment longue pour faire naître un risque sanitaire accru et à veiller à limiter les cas dans lesquels elle trouverait à s'appliquer à des trajets quotidiens.

En revanche, le Conseil d'Etat estime que le Gouvernement ne peut prévoir que pour ces déplacements, il puisse être exigé du public certains seulement des trois justificatifs qui peuvent être présentés pour l'accès à certains établissements, activités ou événements, ce qui pourrait conduire à exclure la possibilité de se prévaloir des résultats d'un test de dépistage. En effet, une telle mesure aurait pour effet de priver les personnes non vaccinées de toute possibilité de prendre l'avion ainsi que le train ou le bus pour de longues distances, ce qui porterait une atteinte disproportionnée à leur liberté d'aller et venir et à leur droit au respect de la vie privée et familiale.»

Enfin, la troisième prise de position du Conseil d'Etat émane de deux ordonnances de référé en date du 26 juillet 2021.

### **C) Le refus de suspension, par le Conseil d'Etat, de l'extension du passe sanitaire aux établissements et lieux de culture et loisirs accueillant au moins 50 personnes**

Le Conseil d'Etat a été saisi de plusieurs référés suspension et référés liberté contre le décret du 19 juillet 2021 par lequel le Premier Ministre a élargi l'obligation de présenter un passe sanitaire (test virologique négatif, certificat vaccinal ou de rétablissement) aux établissements de culture et de loisirs regroupant 50 personnes, à compter du 21 juillet.

Les recours déposés ont été rejetés par la Haute Juridiction administrative. Celle-ci a motivé, dans des ordonnances de référé du 26 juillet 2021, ses prises de positions comme suit :

**a) s'agissant des pouvoirs du Premier Ministre** : le juge a considéré que la loi du 31 mai 2021 permettait au Premier ministre d'imposer la présentation d'un passe sanitaire pour les personnes souhaitant accéder à de «*grands rassemblements*». Il a en outre réaffirmé que le Premier Ministre, en cas de circonstances exceptionnelles, a le pouvoir de prendre des mesures de police pour l'ensemble du territoire, lorsque les lois en vigueur ne permettent pas de répondre à une situation d'urgence, et en particulier dans l'attente de l'adoption d'une nouvelle loi.

**b) sur la dégradation de la situation sanitaire** : le juge s'est appuyé sur les données chiffrées des autorités sanitaires ainsi que sur les modalités de l'Institut Pasteur pour estimer qu'une dégradation de la situation sanitaire était incontestable et que la crainte d'une aggravation supplémentaire était fondée. Dès lors, il a été considéré que les mesures de restrictions étaient justifiées par des éléments objectifs et proportionnés au but poursuivi, sans porter d'atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales.

Voir les ordonnances de référé du Conseil d'Etat :

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

### **178/ Quelles sont les règles de protection générales contre le covid-19 qui demeurent applicables en application des dispositions de la loi du 31 mai 2021 ?**

Ces règles sont issues du décret n°2021-699 du 1<sup>er</sup> juin 2021, est paru au Journal Officiel du 2 juin 2021. Il s'agit d'un texte réglementaire qui assouplit quelque peu les mesures de restrictions d'activités et de déplacements tout en conservant un cadre général ainsi qu'une logique de protection afin d'éviter une reprise épidémique.

Il est procédé à des rappels : le respect des mesures dites «barrières» et des règles de distanciation sociale doit prévaloir en toute circonstance.

Par ailleurs, les rassemblements, réunions ou activités sur la voie publique ou dans un lieu ouvert au public autres que ceux mentionnés au II mettant en présence de manière simultanée plus de dix personnes sont interdits.

Ne sont pas soumis à cette interdiction :

- 1° Les rassemblements, réunions ou activités à caractère professionnel ;
- 2° Les services de transport de voyageurs ;
- 3° Les établissements recevant du public dans lesquels l'accueil du public n'est pas interdit en application du présent décret ;
- 4° Les cérémonies funéraires organisées hors des établissements mentionnés au 3°, dans la limite de 50 personnes ;
- 5° Les cérémonies publiques mentionnées par le décret du 13 septembre 1989 susvisé ;
- 6° Les visites guidées organisées par des personnes titulaires d'une carte professionnelle ;
- 7° Les compétitions et manifestations sportives soumises à une procédure d'autorisation ou de déclaration, dans la limite, pour les compétitions qui ne sont pas organisées au bénéfice des sportifs professionnels ou de haut niveau, de 50 sportifs par épreuve ;
- 8° Les événements accueillant du public assis, dans la limite de 1 000 personnes, organisés sur la voie publique ou dans un lieu ouvert au public. Une distance minimale d'un siège est laissée entre les sièges occupés par chaque personne ou chaque groupe jusqu'à six personnes venant ensemble ou ayant réservé ensemble ;
- 9° Les réunions électorales organisées en plein air hors des établissements mentionnés au 3°, dans la limite de 50 personnes.

Le texte réglementaire confère aux préfets de département la possibilité de restreindre ou d'interdire la vente de boissons alcoolisées.

Les préfets disposent, d'une manière générale, d'une possibilité de restreindre ou d'interdire différents types de déplacements dans des lieux identifiés dans les annexes du texte réglementaire (et qui présentent des risques plus ou moins importants de circulation et de transmission du virus).

Enfin, l'article 22 du décret reprend et maintient les dispositions étant déjà prévues réglementairement en matière de transports routiers de marchandises :

«Pour la réalisation des opérations de transport de marchandises, les mesures d'hygiène et de distanciation sociale, dites barrières, définies au niveau national, doivent être observées par les conducteurs de véhicules de transport ainsi que par les personnels des lieux de chargement ou de déchargement. Lorsque les lieux de chargement ou de déchargement ne sont pas pourvus d'un point d'eau, ils sont pourvus d'une solution pour la désinfection des mains conforme à la norme EN 14476.

Le véhicule est équipé d'une réserve d'eau et de savon ainsi que de serviettes à usage unique, ou d'une solution pour la désinfection des mains conforme à la norme EN 14476.

Lorsque les mesures mentionnées au premier alinéa du présent article sont respectées, il ne peut être refusé à un conducteur de véhicules de transport l'accès à un lieu de chargement ou de déchargement, y compris à un point d'eau lorsque ce lieu en est pourvu, pour des raisons sanitaires liées à l'épidémie de covid-19.

La remise et la signature des documents de transport sont réalisées sans contact entre les personnes. La livraison est effectuée au lieu désigné par le donneur d'ordre et figurant sur le document de transport.

Dans le cas de livraisons à domicile, les chauffeurs, après communication avec le destinataire ou son représentant, remettent les colis en veillant à limiter autant que possible les contacts entre les personnes.

Sauf réclamation formée par tout moyen y compris par voie électronique, au plus tard à l'expiration du délai prévu contractuellement ou à défaut de stipulation contractuelle à midi du premier jour ouvrable suivant la remise de la marchandise, la livraison est réputée conforme au contrat.

Ces dispositions sont d'ordre public.»

**Voir le Décret n°2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043575238>

## **Partie 20 : La première loi de gestion de la crise sanitaire**

### **179/ Qu'est-ce que la loi de gestion de la crise sanitaire destinée à lutter contre le variant delta (ou indien) ?**

Depuis le 2 juin 2021, la gestion de l'épidémie de covid-19 se fonde sur le régime de gestion de la sortie de crise sanitaire défini par la loi du 31 mai 2021, ainsi que sur l'état d'urgence sanitaire, créé par la loi du 23 mars 2020, qui demeure applicable en Guyane, ainsi qu'en Martinique et à La Réunion où il a été déclaré depuis le 14 juillet dernier. Ces deux régimes ont engendré la mise en place de mesures spécifiques de la part des pouvoirs publics pour parvenir à une maîtrise de la circulation du virus.

L'Etat estime que la circulation croissante du variant Delta du virus SARS-CoV-2 (également appelé variant indien), conjuguée aux spécificités de la période estivale, crée des risques supplémentaires de rebond épidémique généralisé dès l'été, en l'absence de nouvelles mesures de gestion.

Dans ce contexte, les pouvoirs publics ont jugé nécessaire de prévoir une nouvelle loi, avec notamment comme objectif affiché d'inciter la population à la vaccination. Ce projet comporte un certain nombre d'éléments susceptibles d'impacter le fonctionnement des entreprises, notamment des entreprises de transport routier.

Ainsi la loi n°2021-1040 a-t-elle été élaborée et mise en place. Après avoir été validée par décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2021, la loi a été publiée au Journal Officiel du 6 août 2021.

**Voir la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire :**

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

Deux décrets d'application de cette loi ont été publiés au Journal Officiel du 8 août 2021 :

**Décret n°2021-1056 du 7 août 2021 pris pour l'application des articles 1er et 16 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043915226>

**Décret n°2021-1059 du 7 août 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire :**

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

La loi organisait l'extension du passe sanitaire. Compte tenu de l'évolution de la situation sanitaire, il avait en effet été décidé de l'extension de l'obligation de présentation du passe sanitaire à un certain nombre d'activités et d'établissements.

L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 5 août 2021 précisait le nouveau champ d'application du passe sanitaire. Le passe sanitaire concernait les secteurs d'activités suivants :

*« À compter du 2 juin 2021 et jusqu'au 15 novembre 2021 inclus, le Premier ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 :*

*1° Imposer aux personnes âgées d'au moins douze ans souhaitant se déplacer à destination ou en provenance du territoire hexagonal, de la Corse ou de l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution, ainsi qu'aux personnels intervenant dans les services de transport concernés, de présenter le résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19 ou un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 ;*

*2° Subordonner à la présentation soit du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, soit d'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 événements où sont exercées les activités suivantes :*

*a) Les activités de loisirs ;*

*b) Les activités de restauration commerciale ou de débit de boissons, à l'exception de la restauration collective, de la vente à emporter de plats préparés et de la restauration professionnelle routière et ferroviaire ;*

*c) Les foires, séminaires et salons professionnels ;*

*d) Sauf en cas d'urgence, les services et établissements 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. La personne qui justifie remplir les conditions prévues au présent 2° ne peut se voir imposer d'autres restrictions d'accès liées à l'épidémie de covid-19 pour rendre visite à une personne accueillie et ne peut se voir refuser l'accès à ces services et établissements que pour des motifs tirés des règles de fonctionnement et de sécurité de l'établissement ou du service, y compris de sécurité sanitaire ;*

*« e) Les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux au sein de l'un des territoires mentionnés au 1° du présent A, sauf en cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention du justificatif requis ;*

***Cette réglementation est rendue applicable au public et, à compter du 30 août 2021, aux personnes qui interviennent dans ces lieux, établissements, services ou événements lorsque la gravité des risques de contamination en lien avec l'exercice des activités qui y sont pratiquées le justifie, au regard notamment de la densité de population observée ou prévue.***

***L'application de cette réglementation ne dispense pas de la mise en œuvre de mesures de nature à prévenir les risques de propagation du virus si la nature des activités réalisées le permet.»***

Il résultait de ces dispositions que de nouveaux lieux étaient concernés par l'exigence du passe sanitaire : les restaurants (exception faite de la vente à emporter), les bars, les hôpitaux ainsi que les grands centres commerciaux d'au moins 20 000 m<sup>2</sup> sur décision motivée du Préfet.

Le passe sanitaire était également exigé pour les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux (ferroviaires, aériens et routiers).

### **180/ Le Conseil constitutionnel a-t-il validé l'extension du passe sanitaire telle que voulue par le législateur ?**

Oui. Dans une décision du 5 août 2021, le Conseil constitutionnel a validé le principe de l'extension de la présentation du passe sanitaire à un certain nombre d'établissements et d'activités.

Voir la décision du Conseil constitutionnel :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/>



Pour ce qui concerne les activités des transports, la problématique majeure est celle des modalités de livraison de produits dans des établissements au sein desquels le passe sanitaire est juridiquement obligatoire. La formulation suivante est contenue dans la loi :

*« Cette réglementation (liée aux secteurs d'activités pour lesquels le passe sanitaire est exigé) est rendue applicable au public et, à compter du 30 août 2021, aux personnes qui interviennent dans ces lieux, établissements, services ou événements lorsque la gravité des risques de contamination en lien avec l'exercice des activités qui y sont pratiquées le justifie, au regard notamment de la densité de population observée ou prévue.*

*L'application de cette réglementation ne dispense pas de la mise en œuvre de mesures de nature à prévenir les risques de propagation du virus si la nature des activités réalisées le permet. »*

La décision du Conseil constitutionnel semblait exclure l'automatisme de l'exigence de présentation d'un passe sanitaire par principe, du fait des considérants 42 et 46.

Le considérant 42 énonce en effet : *« Ainsi, cette mesure, qui s'applique sous réserve des cas d'urgence, n'a pas pour effet de limiter l'accès aux soins. S'agissant de leur application aux grands magasins et centres commerciaux, il a prévu qu'elles devaient garantir l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité ainsi qu'aux moyens de transport accessibles dans l'enceinte de ces magasins et centres. Il a prévu également qu'elles ne pouvaient être décidées qu'au-delà d'un certain seuil défini par décret et par une décision motivée du représentant de l'État dans le département lorsque les caractéristiques de ces lieux et la gravité des risques de contamination le justifient. S'agissant des déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux, le législateur a exclu que ces mesures s'appliquent « en cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention du justificatif requis ».*

Le considérant 46 énonce quant à lui : *« En dernier lieu, d'une part, ces mesures ne sont rendues applicables au public et, à compter du 30 août 2021, aux personnes qui interviennent dans les lieux, établissements, services ou événements QUE lorsque la gravité des risques de contamination en lien avec l'exercice des activités qui y sont pratiquées le justifie, au regard notamment de la densité de population observée ou prévue ».*

En dépit du fait que la décision du Conseil constitutionnel ne paraisse pas favorable au schéma principe/exception, les pouvoirs publics ont décidé de retenir cette option. Il faut donc considérer que les considérants précédemment mentionnés, en particulier le considérant 46, sont de simples considérants liés à la justification des mesures gouvernementales dans le cadre du contrôle de proportionnalité auquel le Conseil constitutionnel s'est livré. Ils n'étaient pas destinés à conditionner la validité de la mesure à une analyse au cas par cas et récurrente de la gravité des situations de contamination par les pouvoirs publics.

## **181/ Comment apporter la preuve de la présentation d'un passe sanitaire valide ?**

Il faut ici apporter une précision essentielle : **le passe sanitaire ne se confond en aucun cas avec la vaccination.**

Le « passe sanitaire » consiste en la présentation, numérique (via l'application TousAntiCovid) ou papier, d'une preuve sanitaire, parmi les trois suivantes :

**1/ La vaccination, à la condition que les personnes disposent d'un schéma vaccinal complet et du délai nécessaire après l'injection finale, soit :**

- a) 7 jours après la 2<sup>e</sup> injection pour les vaccins à double injection (Pfizer, Moderna, AstraZeneca) ;
- b) 4 semaines après l'injection pour les vaccins avec une seule injection (Johnson & Johnson) ;
- c) 7 jours après l'injection pour les vaccins chez les personnes ayant eu un antécédent de Covid (1 seule injection).

Les dispositions réglementaires autorisent également à reconnaître aux personnes l'existence d'un schéma vaccinal complet dans l'hypothèse de l'administration d'un vaccin dont l'utilisation a été autorisée par l'Organisation mondiale de la santé et ne bénéficiant pas de l'autorisation ou de la reconnaissance mentionnées au a, à condition que toutes les doses requises aient été reçues, 7 jours après l'administration d'une dose complémentaire d'un vaccin à acide ribonucléique (ARN) messenger bénéficiant d'une telle autorisation ou reconnaissance.

A NOTER : Les pouvoirs publics ont fait évoluer la définition du «schéma vaccinal complet permettant l'obtention d'un passe sanitaire» par le décret n°2022-27 du 13 janvier 2022 : ce texte réglementaire prévoit que, depuis le 15 janvier 2022, les personnes d'au moins 18 ans et un mois (contre 65 ans jusqu'alors) ayant reçu un vaccin contre la Covid-19 autre que Janssen doivent, pour que leur schéma vaccinal reste reconnu comme complet et donc continuer à bénéficier du passe sanitaire, avoir reçu une dose complémentaire d'un vaccin à ARN messager (Moderna ou Pfizer) au plus tard sept mois suivant l'injection de la dernière dose requise. Si la personne reçoit sa dose de rappel au-delà du délai de sept mois, le schéma vaccinal n'est reconnu comme complet que sept jours après son injection.

## **2/ La preuve d'un test négatif au covid-19 de moins de 24h depuis le décret n°2021-1521 du 25 novembre 2021 (auparavant, le délai était de moins de 72 h).**

Il peut s'agir d'un test RT-PCR ou antigénique ou d'un autotest (article 1er du décret du 7 août 2021). Tous les tests RT-PCR et antigéniques génèrent une preuve dès la saisie du résultat par le professionnel de santé dans SI-DEP, qui peut être imprimée en direct et qui est également mise à disposition du patient via un mail et un SMS pour aller la récupérer sur le portail SI-DEP (<https://sidep.gouv.fr>).

La mesure visant à réduire à 24 h la durée de validité du résultat d'un examen de dépistage PCR ou d'un test antigénique donnant droit à un passe sanitaire a été contestée par plusieurs associations ainsi que des particuliers (qui ont sollicité en référé devant le Conseil d'Etat la suspension de ces mesures).

Le juge des référés a, dans une ordonnance du 14 décembre 2021, rejeté l'ensemble des recours et ainsi validé, de facto, les décisions prises par les pouvoirs publics. La Haute Juridiction a constaté que les tests antigéniques génèrent un résultat en une demi-heure et que le calendrier de l'obligation du rappel vaccinal permet à tous ceux qui le souhaitent de le faire dans les délais impartis. Dans un contexte d'accélération de la circulation du virus et d'émergence d'un nouveau variant, le juge des référés a considéré que ces nouvelles règles étaient justifiées pour limiter les contaminations.

**Voir l'ordonnance de référé du Conseil d'Etat du 14 décembre 2021 :**

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/validite-a-24h-des-tests-rappel-vaccinal-les-nouvelles-regles-pour-detener-un-passe-sanitaire-sont-justifiees>

**ATTENTION :** une incertitude juridique existait sur un point spécifique : les autotests réalisés sous la supervision d'un professionnel de santé. Depuis la publication au Journal Officiel du 15 octobre 2021 du **décret n°2021-1343 du 14 octobre 2021**, les autotests réalisés sous la supervision d'un professionnel de santé n'étaient plus reconnus pour le passe sanitaire : en d'autres termes, ils ne permettaient plus l'obtention du passe sanitaire.

Mais, **dans une ordonnance de référé du 29 octobre 2021**, le Conseil d'Etat a suspendu cette mesure réglementaire. La Haute Juridiction administrative a, d'une part, relevé que cette suppression n'était justifiée par aucun motif tenant à l'efficacité de ce test pour dépister le virus ou à ses conditions de réalisation et, d'autre part, que la suppression de la possibilité d'accéder aux autotests, dont le coût est moindre que celui d'un test PCR et antigénique, était susceptible d'accroître la charge financière que représente la fin de la prise en charge des tests de dépistage par l'assurance maladie pour les personnes concernées, en particulier les professionnels soumis à la vaccination obligatoire.

**Conclusion :** en l'état actuel du droit, les autotests réalisés sous la supervision d'un professionnel de santé constituent à nouveau une composante du passe sanitaire. Il est d'ailleurs à noter que le protocole national sanitaire a réintégré cette notion.

## **3/ Le résultat d'un test RT-PCR positif attestant du rétablissement du Covid-19, datant d'au moins 11 jours et de moins de 6 mois (et de moins de 4 mois à compter du 15 février 2022).**

Les tests positifs RT-PCR de plus de 11 jours et moins de 6 mois (pris en compte à date)- délai raccourci à 4 mois à partir du 15 février 2022- permettent d'indiquer un risque limité de réinfection au Covid-19. Le processus pour récupérer sa preuve de test positif, appelée également preuve de «rétablissement», est le même que pour les tests négatifs via SI-DEP.

**Voir le décret du 14 octobre 2021 :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044206491>

## 182/ Quelles sont les règles de prise en charge financière des tests de dépistage du covid-19 auxquels se sont soumis les salariés ?

### **A) Le principe général : fin de la «gratuité» des tests de dépistage du covid-19**

Les tests de dépistage par PCR et antigéniques ne sont plus remboursés depuis le 15 octobre 2021 quand ils sont réalisés «*par confort*», selon les termes utilisés par le gouvernement.

En effet, un arrêté du 14 octobre 2021, publié au Journal Officiel du 15 octobre 2021, a mis fin à la «gratuité» générale des tests de dépistage du covid-19.

**Voir l'arrêté du 14 octobre 2021 :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044206592>

**A NOTER :** dans une ordonnance de référé du 29 octobre 2021, le Conseil d'Etat a validé cette mesure. Pour valider le principe du déremboursement des tests dits de confort, le juge des référés a notamment estimé qu'aucune norme internationale ou législative ni aucun principe général du droit n'imposait la prise en charge par l'assurance maladie d'un examen biologique.

Il a considéré que l'évolution du contexte sanitaire, ainsi que la charge financière que représente la gratuité des tests de confort pour le budget de l'État, étaient de nature à justifier qu'il soit mis fin à cette prise en charge.

Il a, par ailleurs, relevé que le prix des tests correspondait à leur coût réel, lequel ne pouvant être regardé comme ayant pour effet d'empêcher les personnes concernées d'y recourir.

Enfin, il a observé que des dérogations au principe du déremboursement des tests étaient expressément prévues, en particulier pour les assurés pour lesquels une contre-indication médicale fait obstacle à la vaccination concernant la covid-19.

### **B) Les exceptions au principe : le maintien de la prise en charge de certains tests de dépistage du covid-19**

**Les tests demeurant pris en charge par l'assurance-maladie, quel que soit le motif,** correspondent aux cas suivants :

- personnes vaccinées justifiant d'un parcours vaccinal complet ;
- personnes présentant une contre-indication à la vaccination ;
- personnes disposant d'un certificat de rétablissement (pour sa durée de validité, qui est de 6 mois) ;
- personnes mineures.

Cette réglementation vaudra pour l'ensemble des personnes, qu'elles soient salariées ou non.

**Le maintien de la prise en charge du coût de certains tests est également assuré en fonction de motifs déterminés des tests en question.** Ces motifs sont les suivants :

#### a) Sur prescription médicale :

- personnes symptomatiques ;
- personnes devant se faire tester avant des soins dans un établissement de santé ;
- à titre exceptionnel, dans l'intérêt de la protection de la santé, femmes enceintes et membres restreints de la famille avec lesquels elles résident ou sont en contact fréquent, sur prescription de la sage-femme.

#### b) Personnes cas contacts :

#### c) Personnes devant réaliser dans les 48 h un test RT-PCR de confirmation d'un test antigénique positif :

#### d) Personnes se déplaçant entre la métropole et les collectivités d'Outre-mer, pour ce qui concerne les tests à réaliser à leur arrivée ou à l'issue d'une période d'isolement prophylactique ou de quarantaine :

#### e) Personnes provenant d'un pays étranger classé dans les zones orange ou rouge, pour ce qui concerne les tests à réaliser à l'issue d'une période d'isolement prophylactique ou de mise en quarantaine :

#### f) Opérations de dépistage collectif organisées par l'Agence régionale de santé ou une préfecture, ou dans le cadre de tests à large échelle à visée épidémiologique sur un territoire déterminé + assurés faisant l'objet d'un dépistage organisé par un établissement d'enseignement.

A NOTER : un arrêté du 8 novembre 2021 a introduit un nouveau cas de prise en charge, par l'assurance maladie, des examens et tests de dépistage du SARS-CoV-2, sans prescription médicale : lorsque la personne présente une convocation nominative émise par un établissement ou un service de santé, pour un examen ou un test à réaliser dans les 72 heures précédant la date des soins programmés mentionnée sur la convocation.

Le gouvernement a également précisé le prix que coûteront les tests. « Les prix à régler seront identiques à ceux actuellement pris en charge par l'Assurance maladie », a précisé le Ministère de la Santé. Pour les tests RT-PCR, le tarif de référence est de 43,80 €. Pour les tests antigéniques, les prix sont précisés dans le tableau ci-dessous :

	Pharmacien*	Laboratoire de Biologie médicale	Infirmier	Médecin	Sage-femme	Chirurgien-dentiste	Masseur Kiné
Tarif en cabinet / officine	Semaine : 25,01 € Dimanche : 30,01 €	22,02 €	25,54 €	45,11 € (inclut le coût de la consultation)	45,11 € (inclut le coût de la consultation)	25,10 €	24,93 €
Tarif à domicile			29,01 €				29,45 €

\* Pour la Réunion, le tarif semaine est de 27,16€ et de 32,16€ le dimanche.

### 183/ Les frais de dépistage du covid-19 constituent-ils juridiquement des frais professionnels ?

Si le Code du travail ne donne pas de définition des frais professionnels, la jurisprudence établit régulièrement qu'il s'agit des frais engagés par un salarié pour les besoins de son travail : « les frais que le salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de son employeur, doivent être remboursés sans qu'ils ne puissent être imputés sur la rémunération qui est due » (Cour de Cassation, arrêt du 9 janvier 2001).

Le Bulletin Officiel de Sécurité Sociale (BOSS) fournit la définition suivante des frais professionnels : « Les frais professionnels s'entendent des charges de caractère spécial :

-inhérentes à la fonction ou à l'emploi du travailleur salarié ou assimilé  
-et que celui-ci supporte au titre de l'accomplissement de ses missions pour l'entreprise.»

#### A) La position du Ministère du Travail

Dans une mise à jour du 13 octobre 2021 de ses questions/réponses, le Ministère du Travail a pris expressément position, en indiquant, s'agissant des entreprises assujetties au passe sanitaire, que « le coût des tests virologiques ne constitue pas un frais professionnel. L'employeur n'est pas tenu de le prendre en charge ».

Ainsi, un employeur qui prendrait en charge le coût d'un test de son salarié soumis à l'obligation de passe sanitaire ne pourrait pas l'assimiler à un remboursement de frais professionnels.

Ce raisonnement implique qu'une telle prise en charge ne peut pas être exonérée au titre des frais professionnels. Elle est en revanche considérée comme un avantage par rapport aux autres salariés, et représentera un avantage en nature soumis à cotisations.

**Voir le questions-réponses du Ministère du Travail mis à jour au 13 octobre 2021 :**

<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#58>

### **B) La position de la Direction de la Sécurité Sociale (DSS)**

La Direction de la Sécurité Sociale (DSS) a officiellement pris position sur la question de la prise en charge des tests covid-19 au titre des frais professionnels dans une mise à jour du Bulletin Officiel de la Sécurité Sociale (BOSS) publiée le 24 décembre 2021.

La position de principe de la DSS est l'absence d'exonération au titre des frais professionnels. Elle est donc identique à celle exprimée par le Ministère du Travail.

Le BOSS précise en effet que lorsque qu'un salarié est soumis à l'obligation de présenter un passe sanitaire pour exercer son activité professionnelle dans certains lieux (notamment dans le secteur de l'hôtellerie-restauration), les frais engagés pour réaliser un test virologique ne constituent pas un frais professionnel, dans la mesure où l'obligation de détention d'un passe sanitaire porte sur l'ensemble des personnes qui fréquentent ces lieux.

Dès lors, selon l'administration, si l'employeur décide de prendre ces frais en charge, le montant remboursé constitue un avantage en nature soumis à cotisations.

Une exception est cependant prévue par le BOSS : pour les salariés soumis à une obligation de présentation d'un test négatif de manière ponctuelle, dans le cadre d'une mission spécifique à la demande de son employeur (ex. : déplacement professionnel à l'étranger pour lequel un tel test négatif est requis). Dans ce cas, s'il n'existe aucune alternative à la réalisation de ce test, alors le coût du test constitue un frais professionnel. Dans ce cas, l'employeur est tenu de le rembourser, étant précisé que ce remboursement ne donne pas lieu à cotisations et contributions sociales.

L'administration illustre son propos par deux exemples, l'un dans le sens d'une exclusion d'assiette et l'autre dans le sens d'un avantage assujéti à cotisations.

Exemples du BOSS :

1) Si un salarié doit se rendre dans un pays tiers qui exige un test et que la vaccination ne constitue pas un moyen de se soustraire à cette obligation, le coût du test constitue un frais professionnel.

2) Si un salarié doit effectuer un déplacement professionnel sur le territoire national, ce qui nécessite la présentation d'un passe sanitaire, les frais liés à un éventuel test virologique négatif ne constituent pas des frais professionnels. Si l'employeur décide de les prendre en charge, le montant remboursé constitue un avantage en nature.

### **184/ Existe-t-il une obligation à la charge de l'employeur de prise en charge financière des frais exposés par les salariés dans le cadre des tests de dépistage du covid-19 ?**

A partir du moment où un salarié présente, lorsqu'il y est contraint juridiquement, un passe sanitaire conformément aux prescriptions légales et réglementaires en vigueur, ce salarié est dans une situation conforme à l'état du droit.

Il n'en demeure pas moins que la question de la prise en charge financière obligatoire par l'employeur desdits tests de dépistage anti-covid-19 est susceptible de se poser pour des salariés ne souhaitant pas se faire vacciner.

Des problématiques se posent :

- pour les entreprises qui sont directement visées par l'obligation de contrôle du passe sanitaire des personnes intervenants sur leurs sites ;
- pour les entreprises qui font intervenir leurs salariés sur les sites précédemment mentionnés ;
- ou pour encore les déplacements longue distance ou événements organisés par l'entreprise.



A titre d'exemple, il est possible de citer le cas des salariés des restaurants, des bars, les prestataires intervenants dans des lieux visés par l'obligation (notamment les entreprises de transports routiers), les entreprises organisant des conférences, des salons, ou encore des séminaires professionnels, le cas des salariés devant effectuer des déplacements professionnels en train ou en avion...

Depuis le 15 octobre 2021, le choix du financement ou non des tests de dépistage du covid repose sur les entreprises.

On peut se demander dans quelle mesure une entreprise confrontée à la situation d'un salarié refusant de se faire tester si l'entreprise ne prend pas en charge ledit test peut user à son encontre du droit disciplinaire (le pourrait-elle si le salarié était affecté à une ligne l'obligeant à accéder à un local dans lequel le passe sanitaire est obligatoire ? Il faudrait alors prendre en compte l'élément suivant : les personnels effectuant des livraisons sont réglementairement exemptés de l'obligation de présentation d'un passe sanitaire, donc n'ont pas l'obligation de se faire tester ni, a fortiori, vacciner).

Si un salarié refuse par principe d'utiliser tout moyen lui permettant de disposer d'un passe sanitaire alors que celui-ci est impératif pour qu'il puisse réaliser une tâche conditionnant l'exercice de son travail (par exemple une formation obligatoire à la conduite), il semble que l'employeur puisse considérer qu'au regard des dispositions légales et réglementaires existantes, le salarié se met lui-même dans l'impossibilité d'exercer son travail et que son comportement caractérise une faute disciplinaire.

En revanche, si un salarié conditionne son acceptation d'un test à sa prise en charge financière par l'employeur, celui-ci peut-il encore arguer du fait que le salarié se mette dans l'impossibilité de travailler en se fondant sur l'absence d'obligation de prise en charge financière du test ?

La réponse n'est pas évidente, en dépit des termes du questions-réponses du Ministère du travail.

Le test de dépistage du covid-19 n'est-il pas inhérent à l'exercice même des fonctions du salarié en ce qu'il permet au salarié d'exécuter sa prestation de travail ? Le principe de précaution ainsi que la préservation de la santé et de la sécurité des salariés ne sont-ils pas des principes fondamentaux à opposer aux employeurs réticents à prendre en charge le coût des tests de dépistage du covid-19 de leurs salariés ?

A contrario, le coût global de prise en charge des tests de dépistage du covid concernant plusieurs salariés qui ont l'obligation de présenter quotidiennement leur passe sanitaire serait, in fine, considérable pour les entreprises. L'obligation de loyauté du salarié vis-à-vis de son employeur ne pourrait-elle alors pas être soulevée par les entreprises pour admettre que le salarié doit lui-même supporter le coût de son test ? La prise en charge du test par l'entreprise ne reviendrait-elle pas à faire peser sur l'employeur le choix personnel du salarié de ne pas se faire vacciner ?

**En l'état actuel du droit, il n'existe juridiquement aucune obligation de prise en charge des tests de dépistage du covid-19 réalisés par un salarié.**

Cette position de l'administration du travail, dans un questions-réponses dont la valeur juridique est pour le moins douteuse, ne sécurise pas les entreprises dans la mesure où, n'étant ni étayée ni argumentée en ce qui concerne sa validité ou non, elle laisse toute latitude aux juges de trancher en cas de contentieux.

## **Partie 21 : La loi de renforcement des outils de gestion de la crise sanitaire**

### **185/ Qu'est-ce que la loi de renforcement des outils de gestion de la crise sanitaire du 22 janvier 2022 ?**

La loi n°2022-46 du 22 janvier 2022, renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire, a été publiée dimanche 23 janvier 2022 au Journal Officiel, après que le Conseil constitutionnel en a eu validé le 21 janvier 2022 la majeure partie. Elle est d'ores et déjà complétée par un décret d'application, également publié dimanche 23 janvier.

Cette loi :

- instaure un mécanisme de passe vaccinal en lieu et place du passe sanitaire ;
- institue une amende administrative pour les entreprises respectant insuffisamment les règles de prévention contre le covid-19 ;
- renforce la lutte contre les fraudes aux règles sanitaires.



LOI n°2022-46 du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique :

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045062855>

Décret n°2022-51 du 22 janvier 2022 modifiant le décret n°2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire :

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045063068>

Décret n°2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire :

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000043575238/2022-01-23/>

## 186/ Le passe vaccinal : de quoi s'agit-il ?

**ATTENTION :** Le décret n°2022-352 du 12 mars 2022 modifiant le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire a suspendu le passe vaccinal et d'autres mesures liées à la gestion de la crise sanitaire (port du masque, distanciation physique...).

**Les pouvoirs publics, en fonction de l'évolution de la situation sanitaire, ont la possibilité de réintroduire le passe vaccinal par voie réglementaire (en modifiant le décret existant) sans passer par la mise en place d'une nouvelle loi jusqu'au 31 juillet 2022.**

Le passe vaccinal ne s'applique plus à compter du lundi 14 mars 2022 dans tous les lieux où il était exigé : cinémas, musées, restaurants, cafés, bibliothèques municipales, etc. Le passe vaccinal ne peut donc plus être exigé pour les salariés de ces établissements à compter de ce lundi.

En revanche, le passe sanitaire reste exigé là où il était déjà en place, à savoir pour l'accès aux services et établissements de santé, aux établissements de santé des armées, ainsi qu'aux services et établissements médico-sociaux, sauf en situation d'urgence ou pour l'accès à un dépistage de la Covid-19.

Le passe sanitaire reste donc applicable aux salariés, agents publics, bénévoles et aux autres personnes - ne relevant pas de l'obligation vaccinale - qui interviennent dans les lieux, établissements, services ou événements concernés, lorsque leur activité se déroule dans les espaces et aux heures où ils sont accessibles au public, à l'exception des activités de livraison et sauf intervention d'urgence.

**Voir le Décret n°2022-352 du 12 mars 2022 modifiant le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045341138>

**Définition de la notion de passe vaccinal : L'expression désigne une mesure de lutte contre la pandémie de Covid-19, en même temps qu'un document qui la concrétise. Ce document est une attestation nominative de vaccination contre le Covid-19, correspondant au fait que la personne dispose d'un schéma vaccinal complet.**

### **A) Principe du passe vaccinal**

Le principe essentiel de cette loi, concernant le système de passe, consiste à substituer le passe vaccinal au passe sanitaire. Pour les personnes âgées d'au moins 16 ans, le passe sanitaire requis pour accéder à certains lieux ou activités se voit en effet remplacé par un passe vaccinal.

Désormais, toute personne âgée d'au moins 16 ans est donc tenue de présenter un justificatif de statut vaccinal au covid-19 pour accéder :

- aux activités de loisirs (cinémas, théâtres, etc.) ;
- aux activités de restauration commerciale ou de débit de boissons (restaurants, bars, etc.), à l'exception de la restauration collective, de la vente à emporter et de la restauration professionnelle routière et ferroviaire ;
- aux foires, séminaires et salons professionnels ;
- aux grands magasins et centres commerciaux sur décision du Préfet ;

-et pour les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux (ferroviaires, aériens et routiers).

Pour les déplacements par transports publics interrégionaux, une exception à l'obligation de présentation du passe vaccinal est prévue : celle du déplacement pour un motif impérieux d'ordre familial ou de santé, à condition de présenter un test négatif, sauf urgence l'en empêchant.

### **B) Le contenu du passe vaccinal**

Le passe vaccinal s'obtient de trois façons possibles :

- lorsque l'on a un schéma complet de vaccination (deux doses ou une seule, en fonction du vaccin, plus une dose de rappel après la dernière injection) ;
- lorsque l'on possède un certificat de rétablissement du covid-19 datant d'au moins onze jours et de moins de six mois (de moins de quatre mois à partir du 15 février 2022) ;
- en cas de contre-indication à la vaccination.

Par ailleurs, pour tenir compte du temps d'achèvement du schéma de vaccination des personnes et des salariés qui ne seraient pas encore vaccinés, un justificatif d'engagement dans un schéma vaccinal peut temporairement valoir justificatif de schéma vaccinal complet, sachant que la personne ou le salarié doit alors justifier d'un test négatif au covid-19 pour accéder aux lieux et activités concernés.

### **C) Champ d'application du passe vaccinal**

L'obligation de présenter un passe vaccinal s'impose tant pour le public que pour les personnes qui interviennent dans les lieux et activités concernés. Ainsi les salariés aujourd'hui soumis au passe sanitaire, car travaillant ou intervenant dans les lieux assujettis au passe sanitaire sont désormais soumis au passe vaccinal.

La procédure de suspension du contrat de travail sans rémunération du salarié qui ne justifierait pas du passe requis est maintenue, sans changement.

En revanche, un point pourrait poser davantage de difficulté : si l'on pouvait envisager, concernant un passe sanitaire, qu'un employeur soit amené à user de son pouvoir disciplinaire à l'encontre d'un salarié refusant de se faire tester et de se faire vacciner (si cela nuit à la réalisation de sa prestation de travail), il n'en va pas de même désormais.

En effet, seule la loi peut rendre une vaccination obligatoire. En aucun cas, un employeur ne saurait pouvoir valablement exiger d'un salarié non légalement soumis à une obligation de vaccination d'être vacciné. S'il le fait, il s'exposera à des sanctions pénales à son encontre, ainsi, le cas échéant, à une prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail (aux torts de l'employeur).

Toute mesure disciplinaire d'un employeur à l'encontre d'un salarié non légalement tenu à une obligation de vaccination serait nulle.

A NOTER : Pour les personnels salariés déjà soumis à une obligation vaccinale en la matière (cas des salariés des entreprises de transport sanitaire), la survenance du nouveau cadre légal et réglementaire ne change rien.

Le remplacement du passe sanitaire en passe vaccinal ne change rien à l'obligation de vaccination applicable aux salariés et intervenants qui exercent dans des établissements soumis à l'obligation vaccinale de la loi du 5 août 2021, ou dont la profession est soumise à cette obligation.

### **D) Maintien du passe sanitaire dans certaines situations limitatives**

Le passe sanitaire ne disparaît pas totalement. En effet, pour les mineurs de 12 à 15 ans, le passe sanitaire est maintenu (avec soit présentation d'un justificatif de schéma vaccinal complet, soit la présentation d'un certificat de rétablissement, soit présentation d'un test de dépistage du covid-19 négatif).

Par ailleurs, pour l'accès aux services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux (personnes s'y rendant pour des soins programmés, personnes accompagnant des personnes accueillies dans ces services

ou leur rendant visite), il n'y a pas de passe vaccinal mais maintien du passe sanitaire. En outre, le passe sanitaire n'est pas exigé en cas d'urgence.

### **187/ Le Conseil constitutionnel a-t-il validé le passe vaccinal tel que voulu par le législateur ?**

Oui. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 21 janvier 2022, a validé la majeure partie des dispositions de la loi qui avait été adoptée au Parlement le 16 janvier 2022 permettant le renforcement des outils de gestion de la crise sanitaire.

Comme il l'avait déjà estimé à propos du passe sanitaire, le Conseil constitutionnel a considéré que le cadre juridique du passe vaccinal tel que prévu par la loi du 22 janvier 2022 permet d'assurer une conciliation équilibrée entre d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et d'autre part, le respect des droits et libertés constitutionnellement garantis, et en particulier la liberté d'aller et de venir.

Pour fonder leur décision, les éléments suivants ont été mis en exergue :

-l'objectif de la loi est de permettre aux pouvoirs publics de prendre des mesures pour lutter contre l'épidémie de covid-19 par le recours à la vaccination, sachant que, en l'état des connaissances scientifiques actuelles, il apparaît que les personnes vaccinées transmettent moins et développent des formes moins graves de la maladie que les personnes non vaccinées ;

-la loi fixe une date limite à l'application du passe vaccinal, à savoir le 31 juillet 2022 au plus tard ;

-la mise en œuvre du passe vaccinal est limitée à des activités qui réunissent un nombre important de personnes en un même lieu, avec donc un risque accru de propagation du virus, et à des lieux dans lesquels l'activité exercée présente, par sa nature même, un risque particulier de diffusion du virus ;

-pour les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux, la loi permet de remplacer le passe vaccinal par un test négatif en cas de déplacement pour motif impérieux d'ordre familial ou de santé et n'exige aucun document en cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention d'un justificatif ;

-la loi du 31 mai 2021, dans laquelle le passe vaccinal sera inséré, prévoit que les restrictions ne peuvent être prises que dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre l'épidémie de covid-19 si la situation sanitaire le justifie et qu'il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires.

**Voir la Décision du Conseil constitutionnel n°2022-835 DC du 21 janvier 2022 :**

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2022/2022835DC.htm>

### **188/ Le Conseil d'Etat a-t-il contrôlé le dispositif du passe vaccinal ?**

Il n'existe pas, à date, d'arrêt du Conseil d'Etat sur le fond en la matière. Cependant, la Haute Juridiction administrative a rendu une ordonnance de référé le 1<sup>er</sup> mars 2022 dans laquelle elle a refusé la suspension du dispositif du passe vaccinal.

Plusieurs personnes et deux associations avaient en effet formé une demande de suspension des dispositions imposant la présentation du passe vaccinal pour accéder à certains lieux ou événements.

Les requérants ont saisi le Conseil d'État en référé compte tenu de l'urgence à statuer, considérant que l'instauration du passe vaccinal contraignait les établissements recevant du public à contrôler le statut vaccinal de leurs clients alors que la situation sanitaire ne justifierait plus l'exigence de ce mécanisme.

Les requérants soutenaient que le passe vaccinal n'était plus nécessaire et proportionné à la situation sanitaire actuelle, qu'il s'agisse du niveau de circulation virale ou de ses conséquences sur le système de santé. Les niveaux des principaux indicateurs (taux de vaccination de la population, taux de positivité des tests de dépistage, taux d'incidence ou taux de saturation des lits en hospitalisation ou en réanimation) sont tels qu'ils ne permettraient plus de justifier le maintien du passe vaccinal.

Mais le Conseil d'Etat a rejeté, dans son ordonnance de référé, la demande de suspension du mécanisme de passe vaccinal. La Haute Juridiction administrative a rappelé que si le variant Omicron (d'origine sud-

africaine) produisait des formes moins graves de la maladie, il présentait toutefois une transmissibilité plus élevée que les précédents variants (selon les données scientifiques admises).

Les juges ont également relevé qu'en dépit d'un net ralentissement de l'épidémie, les différentes données médicales chiffrées disponibles (taux d'incidence, pourcentages des admissions à l'hôpital et en soins critiques à l'hôpital dues au covid-19, taux d'occupation des services de soins critiques dans certaines régions) faisaient encore état d'une circulation élevée du virus, impliquant des conséquences encore significatives sur le système de santé.

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat a estimé que les dispositions imposant la présentation d'un passe vaccinal pour accéder à certains lieux ou événements restaient justifiées et proportionnées au regard de l'intérêt de la santé publique et de la lutte contre la propagation de l'épidémie de covid-19.

### **189/ Quel est le régime applicable au passe vaccinal, au certificat de rétablissement et à l'obligation vaccinale à compter du 15 février 2022 ?**

Le décret n°2021-699 du 14 février 2022, publié au Journal Officiel du 15 février 2022, prévoit des dispositions qui sont les suivantes, en vigueur depuis le 15 février 2022.

#### **A) Délai maximum de réalisation du rappel ramené à 4 mois**

La dose de rappel doit être réalisée dès 3 mois après la fin du schéma vaccinal initial et dans un délai de 4 mois maximum (au lieu de 7). Autrement dit, les personnes ont un mois pour faire leur dose de rappel.

Cette mesure s'applique uniquement aux personnes de plus de 18 ans et 1 mois. En effet :

-les jeunes de 16 et 17 ans n'ont pas l'obligation de faire leur rappel pour conserver leur passe vaccinal (même si le rappel vaccinal est recommandé par les pouvoirs publics) ;

-les 12-15 ans ne sont pas soumis au passe vaccinal, mais au passe sanitaire et, dans ce cadre, ils n'ont pas l'obligation de réaliser leur rappel pour que leur justificatif de statut vaccinal reste valable au titre du passe sanitaire.

Les personnes ne pouvant réaliser leur rappel dans le délai imparti en raison d'une infection au covid-19, elles peuvent utiliser leur certificat de rétablissement pour sa durée de validité.

#### **B) Limitation à 4 mois du certificat de rétablissement des personnes infectées par le covid-19**

Le certificat de rétablissement est l'une des preuves qui permet d'avoir un passe vaccinal valide (ou un passe sanitaire valide, pour les personnes continuant à relever du passe sanitaire).

Il s'agit du résultat d'un test RT-PCR ou antigénique établissant que la personne a été testée positive. Ce résultat doit dater de plus de 11 jours et de moins de 6 mois à l'heure où nous rédigeons des lignes.

Depuis le 15 février 2022, le certificat de rétablissement est valable pour 4 mois (et non plus 6 mois).

<b>Temporalité pour réaliser les doses de rappel vaccinal (délais applicables au 15 février 2022)</b>	
<b>Situation des personnes</b>	<b>Délai applicable</b>
La personne a reçu 2 doses de vaccin	Rappel à faire au plus tard 4 mois après la deuxième dose du vaccin (1)
La personne a été infectée par le covid-19 et a reçu un dose de vaccin (Pfizer, AzstraZénéca, Moderna)	Rappel à faire au plus tard 4 mois après la dose du vaccin (1)
La personne a reçu une dose de vaccin (Pfizer, AzstraZénéca, Moderna ou Janssen), puis a eu le <b>covid-19</b> plus de 15 jours après l'injection	Rappel à faire au plus tard 4 mois après l'infection (durée de validité du certificat de rétablissement) (2)
La personne a reçu deux doses de vaccins puis a eu le covid-19	• Elle peut utiliser son certificat de rétablissement à partir de 11 jours après l'infection et jusqu'à 4 mois

	après l'infection (2). • Elle peut faire son rappel à partir de 3 mois après l'infection.
La personne a eu le covid-19 et a reçu une dose de vaccin Janssen après son infection	Rappel à faire au plus tard 2 mois après l'injection du vaccin
La personne n'est pas encore éligibles à la dose de rappel	Son certificat de vaccination de schéma vaccinal initial (monodose ou deux doses) reste valide.
(1) Le décret du 14 février 2022 ramène le délai maximum de réalisation de la dose de rappel à 4 mois au 15 février 2022).	
(2) Le décret du 14 février ramène la durée de validité du certificat de rétablissement à 4 mois au 15 février 2022.	

**Voir le Décret n°2022-176 du 14 février 2022 modifiant le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045167775>

### **C) Passe vaccinal dérogatoire des personnes entrant en vaccination**

Le décret sur le passe vaccinal du 22 janvier 2022 a prévu une règle transitoire en faveur des personnes jusqu'à présent non-vaccinées qui décident d'entrer dans un schéma de vaccination.

Les personnes recevant une première dose de vaccin jusqu'au 15 février 2022 inclus sont ainsi considérées comme ayant un passe vaccinal valide pendant les 4 semaines qui suivent, sous réserve de justifier d'un test ou examen de dépistage négatif de moins de 24 h.

Cette règle dérogatoire est strictement encadrée :

- d'une part, elle ne concerne que les personnes dont l'injection de la première dose intervient au plus tard le 15 février ;
- d'autre part, au-delà des 4 semaines, il faudra soit avoir reçu la 2e dose, soit bénéficier d'un certificat de rétablissement en cas d'infection au covid-19.

La Direction générale de la santé (DGS) a précisé le 28 janvier 2022 que pour que le test négatif de moins de 24 h soit considéré comme valide au titre du passe vaccinal lors d'un contrôle, il devra contenir comme information que le patient a bien reçu une première vaccination.

Si la mention «*dérogation accordée suite à une première injection*» n'est pas remplie, le test négatif de moins de 24 h ne vaut pas passe vaccinal.

Il ressort également du message DGS que :

- le délai de 4 semaines correspond à 28 jours ;
- les tests restent payants pour les personnes qui font un test après première injection pour avoir un passe vaccinal dérogatoire (à l'exception des mineurs, pour lesquels ils restent gratuits).

### **D) Obligation vaccinale : intégration de la dose de rappel au 30 janvier et évolution depuis le 15 février 2022**

Depuis le 30 janvier 2022, pour les personnes âgées de 18 ans et plus, la réalisation de la dose de rappel est intégrée à l'obligation vaccinale applicable aux professionnels travaillant dans les secteurs sanitaire et médico-social.

La Direction générale de la santé (DGS) a en conséquence actualisé les schémas vaccinaux considérés comme valides.

Ces schémas intègrent également :

- la réduction, depuis le 15 février 2022 du délai de réalisation de la dose de rappel (4 mois au lieu de 7) ;

-la réduction de la durée de validité du certificat de rétablissement (4 mois au lieu de 6).

Ces schémas vaccinaux sont résumés dans les deux tableaux ci-après :

<b>Obligation vaccinale : date du rappel selon la situation des personnes (*)</b>		
<b>Situation du professionnel</b>	<b>Réglementation au 30 janvier 2022</b>	<b>Réglementation au 15 février 2022</b>
<b>Vacciné dose 1 + dose 2</b>	Rappel à faire à partir de 3 mois et jusqu'à 7 mois après la dose 2	Rappel à faire à partir de 3 mois et jusqu'à 4 mois après la dose 2
<b>Infecté puis vacciné dose 1</b>	Rappel à faire à partir de 3 mois et jusqu'à 7 mois après la dose	Rappel à faire à partir de 3 mois et jusqu'à 4 mois après la dose
<b>Vacciné dose 1 puis infecté</b>	Rappel à faire dans les 6 mois de l'infection	Rappel à faire dans les 4 mois de l'infection
<b>Non vacciné suspendu, puis infecté</b>	Réintégration pour 6 mois maximum (1) après l'infection	Réintégration pour 4 mois maximum (1) après l'infection
<b>Non vacciné infecté non suspendu</b>	Pas de suspension pendant 6 mois maximum (1) après l'infection	Pas de suspension pendant 4 mois maximum (1) après l'infection
(*) Message DGS-Urgent 2022-20 du 29 janvier 2022.		

<b>Réglementation de l'obligation vaccinale au 30 janvier puis au 15 février 2022 (*)</b>				
<p><i>Ce tableau se lit par colonne, de haut en bas.</i></p> <p><i>Par exemple (cas 1), un professionnel soumis à l'obligation vaccinale ayant reçu 2 doses remplit les conditions de l'obligation vaccinale :</i></p> <p><i>-du 30 janvier au 14 février 2022, s'il a reçu sa 2<sup>e</sup> dose il y a moins de 7 mois ou s'il a déjà reçu une dose de rappel ;</i></p> <p><i>-à partir du 15 février 2022, s'il a reçu sa 2<sup>e</sup> dose il y a moins de 4 mois ou s'il a déjà reçu une dose de rappel.</i></p>				
<b>I) L'obligation vaccinale au 30 janvier 2022</b>				
<b>Cas 1</b>	<b>Cas 2</b>	<b>Cas 3</b>	<b>Cas 4</b>	<b>Cas 5</b>
Dose n° 1	Infection	Dose n° 1	• Non vacciné (infection) • Certificat de rétablissement (pas de suspension du contrat)	Non vacciné (suspension de contrat)
Dose n° 2	Dose n° 1	Infection		Infection (certificat de rétablissement et donc réintégration)
7 mois	7 mois	Certificat de rétablissement valable 6 mois	Certificat de rétablissement valable 6 mois	Certificat de rétablissement valable 6 mois
Rappel vaccinal sinon suspension	Rappel vaccinal sinon suspension	Rappel vaccinal sinon suspension	Suspension de contrat le temps de la vaccination complète	Suspension de contrat le temps de la vaccination complète
<b>II) L'obligation vaccinale au 15 février 2022</b>				
<b>Cas 1</b>	<b>Cas 2</b>	<b>Cas 3</b>	<b>Cas 4</b>	<b>Cas 5</b>
Dose n° 1	Infection	Dose n° 1	• Non vacciné (infection) • Certificat de rétablissement (pas de suspension du contrat)	Non vacciné (suspension de contrat)
Dose n° 2	Dose n° 1	Infection		Infection (certificat de rétablissement et donc réintégration)



4 mois	4 mois	Certificat de rétablissement (4 mois)	Certificat de rétablissement (4 mois)	Certificat de rétablissement (4 mois)
Rappel vaccinal sinon suspension	Rappel vaccinal sinon suspension	Rappel vaccinal sinon suspension	Suspension de contrat le temps de la vaccination complète	<i>Suspension de contrat le temps de la vaccination complète</i>
(*) Message DGS-Urgent 2022-20 du 29 janvier 2022.				

## **190/ Quel est le contrôle et quelles sont les sanctions attachées à la méconnaissance des règles liées au passe vaccinal ?**

### **A) Possibilité de demander un document officiel avec photo**

Les personnes et services autorisés à contrôler les passe vaccinal et sanitaire pourront demander, en cas de raisons sérieuses de penser que le passe présenté ne se rattache pas à la personne, la production d'un document officiel comportant une photographie afin de vérifier la concordance des éléments d'identité.

Le Conseil constitutionnel a validé, dans sa décision du 21 janvier 2022, cette disposition particulièrement controversée. Il a émis une seule réserve (qui résulte déjà du droit positif) : aucune mesure de contrôle ne doit revêtir de caractère discriminatoire.

Les personnes et services autorisés à contrôler les passe vaccinal et sanitaire ne seront en revanche pas autorisées à conserver ou à réutiliser ce document ou les informations qu'il contient.

### **B) Droit d'accès des agents de contrôle**

Les conditions de réalisation des contrôles liés aux infractions au mécanisme de passe dans les établissements qui y sont soumis sont précisées par la loi.

Les agents habilités à constater les infractions (forces de l'ordre) sont ainsi expressément autorisés à accéder, pendant les horaires d'ouverture au public, aux lieux, établissements ou événements concernés afin de contrôler la détention des justificatifs requis par les personnes qui s'y trouvent et le respect par le responsable de son obligation de contrôle de ces documents.

### **C) Sanctions renforcées en cas de fraude et en l'absence de contrôle**

La présentation d'un passe vaccinal ou sanitaire appartenant à autrui, ainsi que la transmission à autrui d'un passe en vue de son utilisation frauduleuse, sont punies plus lourdement.

Les nouvelles dispositions légales et réglementaires prévoient ainsi le passage d'une contravention de 4e classe, soit 135 € d'amende forfaitaire, à une contravention de 5e classe passible d'une amende forfaitaire de 1 000 €.

En outre, les dispositions prévues pour les délits de faux passe sont complétées.

Actuellement, il est prévu que l'établissement, l'usage, la procuration ou la proposition d'un faux passe est passible de 5 ans de prison et de 75 000 € d'amende.

Désormais, la détention frauduleuse de faux passe est également sanctionnée :

- la détention d'un des faux documents permettant de justifier d'un passe (faux justificatif de vaccination, faux résultat négatif de test, faux certificat de rétablissement) est punie de 3 ans de prison et de 45 000 € d'amende ;
- la détention de plusieurs faux documents permettant de justifier d'un passe est punie de 5 ans de prison et de 75 000 € d'amende.

En outre, la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale devient applicable aux délits de faux passe. L'ordonnance pénale est une procédure simplifiée de jugement sans audience du prévenu devant le juge.

### **D) Création d'un droit de repentir pour les fraudeurs**

Les personnes ayant commis une infraction liée à l'absence de détention d'un passe authentique pourront échapper à toute sanction si elles entrent dans un schéma de vaccination au covid-19.

Concrètement, les personnes qui n'auraient pas présenté de passe, ou qui auraient présenté un passe appartenant à autrui, ou qui auraient utilisé un faux passe ou détiendraient un faux passe en vue d'un usage personnel pourront échapper à toute poursuite si, dans les 30 jours à compter de la date de l'infraction, elles présentent un justificatif d'administration d'une dose de vaccin contre le covid-19.

Si la personne a commis l'infraction avant l'entrée en vigueur de la loi, ce délai de 30 jours démarre à compter de la date d'entrée en vigueur.

Par ailleurs, le délai est suspendu si la personne contracte le covid-19 durant ces 30 jours.

### **E) Sanction en l'absence de contrôle du passe sanitaire**

L'absence de contrôle du passe vaccinal ou du passe sanitaire est désormais pénalement sanctionnée dès la première infraction, par une contravention de 5e classe, passible d'une amende forfaitaire de 1 000€.

#### **191/ Le port d'un masque de protection anti-covid-19 s'impose-t-il dans les lieux assujettis au passe vaccinal ?**

Non, plus depuis le 28 février 2022. Le décret n°2022-247 du 25 février 2022 prévoit que le port du masque n'est plus obligatoire dans les lieux, services et évènements dont l'accès est soumis au passe vaccinal (ou au passe sanitaire pour les personnes âgées de 12 à 16 ans).

La mesure concerne, notamment, les activités de loisirs et de restauration, donc les lieux comme les restaurants, bars, cinémas, théâtres, musées. Le texte réglementaire ne restreignant pas son champ d'application aux seules personnes faisant partie du grand public, il faut considérer que la mesure est également applicable aux salariés et professionnels travaillant de manière permanente dans les lieux considérés.

Si les circonstances locales le justifient, le préfet du département demeure habilité à imposer le port du masque. En revanche, les exploitants et responsables de lieux, services ou évènements ne sont pas habilités à rendre le masque obligatoire.

Par exception, le port du masque reste obligatoire pour :

- les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux (services de transport public aérien, services nationaux de transport ferroviaire à réservation obligatoire, services collectifs réguliers non conventionnés de transport routier) ;
- les services de remontées mécaniques.

Dans les lieux où le passe vaccinal n'est pas applicable, le port du masque reste obligatoire là où il l'était déjà (entreprises, commerces, etc.). Il en va de même dans les lieux qui sont soumis au seul passe sanitaire (établissements de santé, sociaux et médico-sociaux).

A NOTER : une version du protocole national sanitaire actualisée au 28 février 2022 reprend également ces dispositions.

#### **192/ Les activités des transports routiers sont-elles concernées par l'exigence de la vaccination ou du passe vaccinal ?**

La profession n'est pas listée (à l'exception du transport sanitaire) parmi les professions pour lesquelles la vaccination est rendue obligatoire. S'agissant du passe sanitaire, la profession n'apparaît pas comme une profession pour laquelle le passe sanitaire est imposé.

Seul l'article 12 de la loi instaure une obligation de vaccination pour les personnels des entreprises de transports sanitaires en énonçant : « 7° Les personnes exerçant l'activité de transport sanitaire mentionnée à l'article L6312-1 du code de la santé publique ainsi que celles assurant les transports pris en charge sur prescription médicale mentionnés à l'article L. 322-5 du code de la sécurité sociale ».

Il faut noter que le même article prévoit une dérogation puisqu'il souligne que l'obligation vaccinale ne s'appliquera pas aux personnes chargées de l'exécution d'une tâche qualifiée de «*ponctuelle*» dans certains établissements.

Cependant, la situation des conducteurs (chauffeurs-livreurs) ou de toute autre catégorie de personnel étant conduit à se rendre dans les locaux d'établissements pour lesquels le passe vaccinal est juridiquement obligatoire pose question. A priori, l'obligation vaccinale ne leur est pas applicable.

Dans cette lecture, le principe applicable est le suivant :

**Mécanisme (très restreint cependant) de dérogation explicite pour certaines catégories de personnels (par exemple, pour les chauffeurs-livreurs) intervenant ponctuellement et pour une durée limitée dans les locaux d'établissements pour lesquels la présentation d'un passe vaccinal est obligatoire.**

Concernant Le décret du 7 août 2021, force est de constater qu'il est indiqué : «*Le présent article est applicable, à compter du 30 août 2021, aux salariés, agents publics, bénévoles et aux autres personnes qui interviennent dans les lieux, établissements, services ou événements concernés, lorsque leur activité se déroule dans les espaces et aux heures où ils sont accessibles au public, à l'exception des activités de livraison et sauf intervention d'urgence.*»

Deux situations de dérogations sont explicitement mentionnées :

**a) la première est spécifique aux activités de transports puisqu'il s'agit des activités de livraison.** En l'absence de précision ou de restriction fixée par le texte, tous les types de livraisons sont concernés (livraisons de produits «communs» ou de produits plus spécifiques tels que des produits médicaux).

Il doit en outre être relevé qu'il s'agit d'une dérogation de principe, d'une dérogation générale, non-liée au respect de critères particuliers (tels que l'accès par des entrées techniques et non-ouvertes au public, ou encore à des horaires particuliers ou pour un laps de temps limité).

Comment définit-on la notion de livraison sur le plan juridique ? La livraison est le fait de transporter des biens et d'assurer leur acheminement jusqu'à destination. Sur le plan juridique, la livraison ne veut pas dire transfert de la marchandise du domicile du vendeur à celui de l'acheteur, mais simplement mise à disposition, car le vendeur n'est pas obligé de transporter la marchandise.

ATTENTION : les activités de livraisons bénéficient d'une dérogation au principe d'obligation de présentation d'un passe sanitaire. En conséquence, l'expression de livraison doit s'entendre de manière restrictive. En effet, en droit français, il existe un principe d'interprétation stricte des dérogations à un principe général.

Concrètement, cela signifie que ne peuvent pas être assimilées à des livraisons des opérations de déménagement, ou encore des prestations complémentaires (montage/démontage, autres ...). Juridiquement pour qu'une prestation complémentaire puisse être analysée comme intégrant la notion de livraison, il faudrait qu'elle soit indissociable de l'opération même de livraison (c'est-à-dire que l'on considère que la livraison ne puisse pas avoir lieu sans les prestations complémentaires).

**En l'état actuel du droit, il n'est pas possible de considérer qu'une prestation complémentaire est exonérée de l'obligation de présentation du passe vaccinal.**

**b) la seconde n'est propre à aucune activité particulière** : elle concerne une intervention d'urgence dans les locaux concernés par l'obligation de présentation du passe vaccinal.

Le Ministère du Travail précise dans un questions-réponses dédié que par intervention urgente, il convient d'entendre «*des interventions pour effectuer des missions ou des travaux dont l'exécution immédiate est nécessaire pour le bon fonctionnement de l'établissement concerné (travaux pour réparer des accidents ou dommages survenus au matériel, installations ou bâtiments ou bien pour organiser des mesures de sauvetage par exemple).*»

**A NOTER : dans le secteur des activités du déménagement, les principes applicables sont les suivants** : l'activité de déménagement en tant que telle n'est juridiquement pas assimilable à une activité de livraison. En conséquence, le principe applicable serait celui de l'obligation de présentation d'un passe vaccinal.

Néanmoins, Les dispositions réglementaires conditionnent l'obligation de présentation d'un passe vaccinal pour les personnels effectuant des opérations limitées dans des établissements assujettis à l'obligation de passe sanitaire au fait que lesdites opérations se déroulent dans des espaces et horaires permettant une accessibilité au public.

L'activité de déménagement d'entreprise est en général opérée hors de la présence du public, ce qui permet, lorsque cela est bien le cas, de s'affranchir de l'obligation de passe vaccinal en application des dispositions réglementaires.

**A NOTER : en transports routiers de voyageurs (TRV), les principes applicables sont les suivants :**

a) l'obligation de passe vaccinal s'applique sur le périmètre des seuls services librement organisés et doit faire l'objet d'une vérification par les opérateurs avant embarquement. Elle s'applique également au personnel à bord des autocars.

b) les services occasionnels, quelle que soit la distance parcourue, les petits trains routiers touristiques, les visites touristiques commentées à bord d'autocars ou de véhicules légers ne sont pas soumis à la présentation d'un passe vaccinal.

**193/ Les restaurants routiers sont-ils concernés par l'exigence du passe vaccinal ?**

La réponse est négative : les restaurants routiers sont explicitement exclus de l'exigence de présentation du passe sanitaire par l'article 1<sup>er</sup> de la loi qui énonce que sont concernées par le passe vaccinal «*Les activités de restauration commerciale ou de débit de boissons, à l'exception de la restauration collective, de la vente à emporter de plats préparés et de la restauration professionnelle routière et ferroviaire*».

Il n'est pas, a priori, prévu de définir spécifiquement la notion de «*restauration professionnelle routière*». Pour autant, tous les restaurants routiers ne sont pas concernés par l'exemption de présentation d'un passe sanitaire.

Le décret du 7 août 2021 évoque la problématique de la dérogation en énonçant : «*La restauration professionnelle routière, sur la base d'une liste, arrêtée par le représentant de l'Etat dans le département, des établissements qui, eu égard à leur proximité des axes routiers, sont fréquentés de manière habituelle par les professionnels du transport*».

Sous réserve de précisions complémentaires émanant de l'administration des transports, la reprise des anciennes listes des restaurants ouverts pendant les précédentes périodes de confinement constitue donc l'option retenue l'Etat. Tous les restaurants routiers ne sont en conséquence pas concernés par la dérogation légale de non-présentation du passe vaccinal.

**Deux critères d'inscription sur la liste** sont mentionnés par les dispositions réglementaires :

**-un critère de proximité** : les établissements concernés doivent être géographiquement situés à proximité des axes routiers ;

**-un critère de fréquentation** : il faut que les restaurants routiers concernés accueillent habituellement des personnels de conduite.

L'absence d'obligation de présentation d'un passe vaccinal par les personnels de conduite concerne donc uniquement les restaurants routiers intégrés aux listes mentionnés dans le décret du 7 août 2021 (les dispositions sont donc inchangées par rapport à celles qui existaient pour le passe sanitaire).

Il a été demandé aux préfets de prendre des arrêtés sur la base des dernières listes utilisées lors du précédent confinement ou couvre-feu. Ils pourront ensuite être actualisés. La carte du site Bison futé va être à nouveau publiée et fera par la suite l'objet de mises à jour.

Le texte réglementaire ne fournit aucune autre précision concernant des restaurants routiers qui ne se trouveraient pas sur les listes arrêtés par les services de l'Etat. Il résulte de cette constatation qu'en l'état, l'obligation de présentation d'un passe vaccinal s'impose aux personnels de conduite qui voudraient prendre leur repas dans ces établissements.

A NOTER : le dispositif retenu est en tout état de cause applicable sans distinction de régime juridique aussi bien aux conducteurs du secteur d'activité du TRM (transports routiers de marchandises) qu'aux conducteurs du secteur d'activité du TRV (transports routiers de voyageurs).

IMPORTANT : Le site Bison Futé (qui est le centre national d'information routière) a mis en ligne site une carte des restaurants accessibles sans passe sanitaire pour les professionnels du transport routier.

Cette carte a été établie sur la base de la dernière liste des restaurants ouverts en dérogation des mesures de confinement et de couvre-feu. Les préfetures ont été sollicitées pour transmettre les arrêtés pris en vue de l'actualisation de la carte qui sera opérée progressivement.

<https://www.fntr.fr/espace-presse/actualites-agenda/publication-d-une-carte-des-restaurants-accessibles-sans-pass>

### **194/ Une entreprise non-soumise légalement à l'exigence de mise en place et de contrôle d'un passe sanitaire ou d'un passe vaccinal peut-elle valablement décider de l'imposer à ses salariés ?**

Une entreprise située dans les Yvelines (qui n'exerce pas l'activité de transports routiers ou de logistique) a déclaré préparer une mise en place, à l'égard de ses salariés, du mécanisme du passe sanitaire, alors même qu'elle entre pas dans le champ d'application du passe sanitaire de par son activité. La question qui se pose alors est celle de la validité juridique d'une telle démarche.

La réponse à cette interrogation est on ne peut plus claire juridiquement : non. Une entreprise non-soumise à l'obligation de mise en place et de contrôle du passe sanitaire ou du passe vaccinal ne peut **en aucun cas** décider, de son propre chef, de l'imposer à ses salariés.

#### **A) L'impossibilité pour une entreprise non-soumise au régime juridique du passe sanitaire ou du passe vaccinal de l'imposer à ses salariés**

Les lois du 31 mai 2021 et 5 août 2021 ont mis en place et étendu un dispositif d'exception, dérogatoire au droit commun et aux libertés fondamentales des individus, pour répondre à une crise, qui est une crise sanitaire. Seul l'Etat est habilité, dans le cadre de la Constitution et des lois existantes, à adopter de telles mesures de restrictions des libertés individuelles et collectives.

Aucune entité privée ne peut prétendre imposer les mêmes restrictions à des personnes privées.

En l'espèce, la loi du 5 août 2021 énonce dans son article 1<sup>er</sup> que «*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*». En d'autres termes, en-dehors des cas expressément prévus par la loi, aucune entreprise ni aucune personne physique ne peut valablement exiger d'une personne la présentation d'un passe sanitaire.

#### **B) Les sanctions pénales et civiles encourues par une entreprise méconnaissant la règle**

L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 5 août 2021 prévoit une sanction en cas de méconnaissance de cette règle : est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende le fait d'exiger la présentation d'un passe sanitaire en-dehors des cas prévus par la loi.

En outre, il ne faut pas oublier les sanctions civiles. Certaines entreprises pourraient être tentées, après avoir mis illicitement en place un passe sanitaire, de prendre, dans un premier temps, une mesure conservatoire à l'encontre de salariés récalcitrants, à savoir une suspension du contrat de travail, avant d'envisager dans un second temps une sanction disciplinaire contre les salariés concernés pouvant aller jusqu'à un licenciement.

Une telle démarche serait totalement illicite et pourrait être sanctionnée par les tribunaux. Le texte de référence est ici l'article L1121-1 du Code du travail aux termes duquel : «*Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*».

La mise en place par une entité privée commerciale, au mépris de la loi, d'une obligation de présentation d'un passe sanitaire, constitue :

- une atteinte insusceptible d'être justifiée à la liberté fondamentale d'aller et de venir des personnes ;
- l'octroi d'un pouvoir de police uniquement réservé aux agents des corps de l'Etat.

Il ne fait aucun doute qu'une telle mesure porterait une atteinte injustifiée aux libertés fondamentales des salariés la subissant. La conséquence juridique civile pour l'employeur est claire : il s'agit de la nullité de toute mesure, conservatoire ou non, s'inscrivant dans la logique de l'application du passe sanitaire.

Autrement dit, le salarié serait fondé à obtenir en référé l'annulation de la suspension de son contrat de travail et à condamner l'employeur, sous astreinte, à procéder à sa réintégration immédiate.

Il serait peut-être même fondé à prendre purement et simplement acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur, ce qui aboutirait à une indemnisation supplémentaire due par l'employeur afin de réparer le préjudice subi par le salarié en raison de l'atteinte à une liberté fondamentale.

### **195/ Existe-t-il des dispositions spécifiques contraignantes à l'égard des entreprises dans la loi du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire ?**

**ATTENTION : depuis le 14 mars 2022, la procédure d'amende administrative est suspendue. En effet, le décret n°2022-352 du 12 mars 2022 met fin à cette procédure de manière anticipée.**

Oui. En effet, le législateur a entendu créer une amende administrative à l'encontre des entreprises qui ne prendraient pas suffisamment en considération l'impératif de prévention du risque du covid-19 et ne protégerait pas suffisamment ses salariés.

Juridiquement, le texte ne vise pas spécifiquement le non-respect du protocole sanitaire en entreprise ni une absence de recours ou un recours insuffisant au télétravail. On ne trouve pas ces mots dans la loi, même si c'est sous cet angle que le gouvernement a choisi de communiquer sur cette mesure.

#### **A) Création d'une amende administrative**

Le champ de l'amende administrative vise de façon générale toute situation dangereuse qui serait liée à un manquement de l'employeur aux principes généraux de prévention, qu'il soit relatif au télétravail ou à d'autres facteurs (port du masque, flux de circulation, distanciation, etc.).

En passant par la voie de l'amende administrative, les pouvoirs publics ont entendu doter l'inspection du travail d'un mécanisme de sanction présenté comme «plus efficace et surtout plus rapide» que l'engagement de poursuites visant à infliger l'amende pénale prévue par le code du travail.

Le montant maximal de l'amende encourue est fixé à 500 € par salarié (au lieu des 1 000 € par salarié initialement prévus). Le montant total de l'amende est plafonné à 50 000 €. Le montant de l'amende pourra être modulé selon les circonstances et la gravité du manquement, le comportement de l'employeur, ses ressources et ses charges.

#### **B) Modalités de mise en œuvre de la sanction**

L'employeur pourra être sanctionné en cas de non-respect de son obligation légale de sécurité et de prévention des risques (articles L4121-1 à L4121-5 du Code du travail), laquelle, dans le cadre de l'épidémie de covid-19, l'incite à tenir compte des mesures fixées dans le protocole sanitaire publié par le ministère du Travail. Le protocole sanitaire, bien que présenté comme document normatif, ne l'est pas juridiquement (cette position ayant été indiquée à deux reprises par le Conseil d'Etat).

Dans ce cas, si l'inspection du travail constate une situation dangereuse résultant d'un risque d'exposition des salariés au covid-19, le DREETS (directeur régional de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités) pourra adresser à l'employeur une mise en demeure de remédier à la situation avec un délai d'exécution.

Si l'inspection du travail constate que la situation dangereuse existe toujours à l'issue de ce délai, le DREETS pourra infliger une amende à l'employeur.



Le nouveau dispositif ne vise pas le télétravail (lequel n'est même pas cité dans l'exposé des motifs de l'amendement gouvernemental), mais plus généralement les situations dangereuses liées au covid-19.

En cas de sanction infligée à une entreprise, l'employeur peut former un recours hiérarchique contre la décision du DREETS prononçant l'amende, dans un délai de 15 jours, par LRAR auprès du Ministre du Travail.

Ce recours est suspensif. Ainsi, le paiement de l'amende est suspendu pendant la durée d'instruction du recours. L'absence de réponse à l'issue d'un délai de deux mois vaut acceptation du recours et donc annulation de l'amende.

En tout état de cause, l'employeur peut toujours exercer un recours devant le juge administratif.

### **C) Durée d'application du mécanisme d'amende administrative**

Cette procédure d'amende administrative est applicable jusqu'à une date déterminée par décret et au plus tard aux situations dangereuses constatées jusqu'au 31 juillet 2022.

## **Partie 22 : Autres dispositions destinées à lutter contre l'épidémie de covid-19**

### **196/ La mise en place du passe sanitaire et de l'obligation vaccinale met-elle un terme à l'obligation de respecter les règles dites de «gestes barrières» ?**

Non, sur le principe. Les deux types de mécanismes sont largement indépendants l'un de l'autre. Les «gestes barrières» regroupent plusieurs règles cumulatives devant être respectées : la distanciation physique, le port de masques de protection anti-covid-19 ou encore l'hygiène des mains.

### **A) La poursuite de l'obligation de respect du port du masque de protection contre le covid-19 dans les entreprises**

Le protocole national sanitaire du Ministère du Travail actualisé au 10 septembre 2021 évoque la question. Il énonce que le port du masque restait applicable pour les professionnels intervenant dans les lieux au sein desquels le passe sanitaire est obligatoire lieux jusqu'au 30 août 2021. Mais depuis cette date, ils sont soumis à l'obligation de présentation du passe sanitaire et peuvent donc se dispenser de l'exécution de cette obligation.

Cependant, hormis cette exception, le port du masque impératif en entreprise demeure le principe fixé par le protocole national sanitaire du Ministère du Travail (avec les quelques cas d'adaptation prévus par ledit protocole).

Ainsi le port du masque est-il toujours systématique au sein des entreprises dans les lieux collectifs clos : salles de réunion, open-space, couloirs, vestiaires, bureaux partagés, etc.

Il faut d'ailleurs relever que le port du masque reste obligatoire même pour les salariés vaccinés et y compris si une distance de 2 mètres peut être respectée.

Cette règle peut difficilement évoluer dans la mesure où l'employeur ne peut pas savoir dans les secteurs qui ne sont pas soumis à la vaccination obligatoire si le salarié est vacciné ou dispose du passe sanitaire. L'employeur a en effet l'interdiction de demander à un salarié s'il est vacciné, au nom de l'application du secret médical.

A NOTER : il ne suffit pas que l'employeur fournisse des masques de protection à ses salariés pour bien remplir ses obligations. Il est également tenu de contrôler l'utilisation effective des masques mis à disposition.

### **B) Quelques (rares) exemples de contentieux portant sur le port d'un masque de protection anti-covid-19 en entreprise**

La question du port de masques de protection anti-covid-19 en entreprise est celle qui a donné lieu à un début de contentieux.

### **A) Le contentieux en entreprise concernant le port de masques de protection anti-covid-19**

Ce contentieux est très limité et les illustrations sont peu nombreuses. Deux exemples peuvent être évoqués : un exemple en Allemagne et un exemple en France, ayant donné lieu à un jugement du Conseil de prud'hommes de Bordeaux.

**Exemple en Allemagne** : en Allemagne, le port d'un masque ou d'une visière est devenu la norme depuis le début de la pandémie liée au coronavirus. Un employeur doit veiller au respect de cette règle, à la fois pour protéger la santé physique et mentale de ses salariés et pour éviter le paiement d'une amende (ces principes sont les mêmes en droit français).

Dans un jugement du 16 décembre 2020, la juridiction du travail allemande de Siegburg a dû statuer sur le fait de savoir ce que pouvait faire l'employeur lorsque ses salariés refusent de respecter cette règle et présentent des certificats médicaux justifiant ce refus.

En l'espèce, un salarié administratif au sein d'une mairie avait été obligé par son employeur de porter un masque. Cette obligation exprimée dans un écrit stipulait que tout visiteur et salarié devait porter un masque à l'intérieur de la mairie.

Le salarié refusait de porter un masque et a présenté un certificat médical non-motivé. Son employeur lui a alors signalé de porter une visière mais l'employé a de nouveau présenté un certificat médical non-motivé qui le libérait de l'obligation de porter toute sorte de visière. Etant donné que l'employeur refusait de lui permettre d'exécuter sa prestation de travail sans visière, le salarié a décidé de saisir le conseil de prud'hommes de Siegburg en référé. Il demandait la permission de continuer son activité sans protection faciale ou, subsidiairement, la permission d'exercer son activité en télétravail.

La juridiction allemande du travail a débouté le salarié de ses demandes en motivant sa décision par deux éléments distincts :

-il a, en premier lieu, posé le principe selon lequel la protection de la santé et la prévention des infections des salariés et des visiteurs sont prioritaires sur l'intérêt d'un salarié d'exercer une activité sans masque ou visière ;

-il a ensuite émis des doutes concernant la validité des certificats médicaux présentés par le salarié. Il a été affirmé qu'un certificat médical devait nécessairement contenir des justifications concrètes et intelligibles afin de prouver les motifs du non-port d'un masque et/ou d'une visière.

Au regard de ce développement, il est possible de penser que la solution aurait pu être différente si les certificats médicaux avaient été justifiés. En droit français, le raisonnement devrait très vraisemblablement être identique sur ce point.

**Exemple en France** : Dans un jugement du 4 mai 2021, le conseil de prud'hommes de Bordeaux a validé le licenciement disciplinaire d'un salarié pour non-port du masque de protection anti-covid-19. La juridiction prud'homale a cependant écarté la faute grave, admettant seulement la faute simple.

Cette solution est assez classique au regard de la jurisprudence en matière de non-respect des règles de sécurité, généralement stricte à l'égard du salarié fautif, compte tenu notamment de l'obligation légale de vigilance applicable à tout salarié et qui trouve à s'appliquer en matière de moyen de protection.

En matière de non-respect des gestes barrières, sans doute faut-il distinguer la simple inattention qui relève d'un travail de pédagogie et de sensibilisation du refus délibéré et réitéré qui peut immédiatement relever du champ d'application du droit disciplinaire.

Toutefois, des circonstances factuelles (pénibilité liée à la tâche, etc.) peuvent venir influencer sur l'appréciation par les juges du caractère éventuellement disproportionné de la sanction.

### **B) Impact de la mise en place du passe sanitaire sur l'obligation du port du masque de protection anti-covid-19**

Le protocole national sanitaire du Ministère du Travail actualisé au 31 août 2021 évoque la question. Il énonce que le port du masque restait applicable pour les professionnels intervenant dans les lieux au sein desquels le passe sanitaire est obligatoire jusqu'au 30 août 2021. Mais depuis cette date, ils sont

soumis à l'obligation de présentation du passe sanitaire et peuvent donc se dispenser de l'exécution de cette obligation.

Cependant, hormis cette exception, le port du masque en entreprise demeure le principe fixé par le protocole national sanitaire du Ministère du Travail.

### **197/ Un employeur peut-il valablement limiter le port de masques de protection anti-covid-19 en entreprise aux salariés non-vaccinés ?**

Non. L'employeur ne peut en aucun cas demander à ses salariés s'ils sont vaccinés ou non car cela relève du secret médical et de la vie privée des salariés.

Cette règle, qui est d'ordre public absolu, ne souffre aucune discussion, si bien que l'obligation de port du masque est nécessairement indifférenciée entre salariés : elle doit s'appliquer dans son principe (sous réserve des modalités d'exécution du travail telles qu'envisagées par le protocole national sanitaire) aussi bien aux salariés vaccinés qu'aux salariés non vaccinés.

### **198/ Quelles sont les modalités du contrôle du passe sanitaire ou du passe vaccinal dans les entreprises concernées par cette obligation ?**

La position du Ministère du Travail consiste à considérer que seul le responsable de l'établissement est autorisé à procéder aux contrôles de justificatifs requis pour y accéder.

L'employeur qui n'est pas le responsable de l'établissement ne peut pas contrôler en amont le respect du passe sanitaire ou du passe vaccinal pour ses salariés qui seraient amenés, dans le cadre de leur activité professionnelle à intervenir dans les lieux soumis à cette obligation.

Si l'employeur entre dans le champ d'application du passe sanitaire ou du passe vaccinal, il doit en revanche informer les salariés dès que possible de cette obligation et des conséquences sur la relation de travail en cas de non-respect (en l'occurrence la suspension du contrat de travail).

L'employeur dispose également de la faculté (qui n'est pas une obligation) d'informer les salariés qu'ils peuvent, s'ils le souhaitent, lui présenter leur justificatif de statut vaccinal complet. Cette possibilité vise à permettre à l'employeur de délivrer un titre spécifique (badge dédié, vignette, etc.) permettant ensuite une vérification simplifiée destinée à faciliter le contrôle du passe à l'entrée de l'établissement.

A NOTER : les salariés sont invités, dans le cadre de l'exécution loyale de leur contrat de travail et afin de faciliter l'organisation du travail, à informer l'employeur dès que possible s'ils n'ont pas de passe sanitaire ou de passe vaccinal.

**Voir les questions-réponses du Ministère du Travail :**

<https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/questions-reponses-par-theme/QR-pass-sanitaire-et-obligation-vaccinale>

### **199/ En quoi l'obligation vaccinale consiste-t-elle ?**

Un vaccin est défini comme une substance pathogène qui, inoculée à un individu, lui confère l'immunité contre une maladie. Les différents Etats ont mis en place, contre diverses maladies, depuis plusieurs décennies, des politiques vaccinales parfois obligatoires. Généralement, ces politiques sont destinées à tenter d'éradiquer des maladies potentiellement mortelles et/ou extrêmement contagieuses pour l'être humain.

Depuis que des vaccins ont été élaborés contre le covid-19 est posée la question de la mise en place, soit pour l'ensemble de la population, soit pour certaines professions particulièrement exposées au virus, d'une politique de vaccination obligatoire.

L'Etat a décidé, à ce jour, d'inciter fortement la population à se faire vacciner contre le covid-19, et de limiter l'obligation vaccinale à certaines professions particulièrement exposées, qui se trouvent généralement au contact prolongé du public.

La profession des transports routiers et activités auxiliaires du transport n'est pas listée (à l'exception du transport sanitaire) parmi les professions pour lesquelles la vaccination est rendue obligatoire.

## 200/ Existe-t-il un mécanisme de certificat «covid-19» institué par le droit de l'Union européenne ?

Oui. Par un règlement du Parlement et du Conseil du 14 juin 2021, l'Union européenne a posé le cadre d'un «certificat Covid numérique» permettant la délivrance, la vérification et l'acceptation transfrontières des certificats justifiant de l'immunité de leur porteur.

**Ce règlement européen du 14 juin 2021 (publié au Journal Officiel de l'Union européenne du 15 juin 2021) est relatif à un cadre pour la délivrance, la vérification et l'acceptation de certificats COVID-19 interopérables de vaccination, de test et de rétablissement (certificat COVID numérique de l'UE) afin de faciliter la libre circulation pendant la pandémie de COVID-19.**

Les règlements européens sont d'application directe et s'imposent, en tous leurs éléments, aux Etats membres.

Voir le règlement européen :

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32021R0953&from=FR>

Ce texte, dont le but affiché est de restaurer la liberté de circulation des personnes au sein de l'Union européenne, entre en vigueur le 1er juillet 2021 pour une durée d'un an (soit jusqu'au 30 juin 2022).

### **A) Le «certificat covid numérique» : de quoi s'agit-il ?**

Le certificat Covid numérique est un support de données (certificat) permet de justifier du statut immunitaire des personnes vis-à-vis du SARS-Cov-2. Il peut se présenter sous la forme :

- d'un «certificat de vaccination», qui confirme que le titulaire a reçu un vaccin contre le Covid-19 dans l'État membre qui délivre le certificat ;
- d'un «certificat de test» qui confirme que son titulaire a été soumis à un test «TAAN» (test d'amplification des acides nucléiques moléculaires : test RT-PCR, test LAMP, test TMA) ou à un test rapide de détection d'antigènes, effectué par des professionnels de la santé ou par du personnel qualifié chargé des tests dans l'État membre qui délivre le certificat, et indique le type de test, la date à laquelle il a été effectué et son résultat ;
- d'un «certificat de rétablissement» qui confirme que, à la suite du résultat positif d'un test «TAAN», le titulaire s'est rétabli d'une infection par le SARS-CoV-2.

Le certificat Covid numérique repose sur un «cadre de confiance» mis en place et géré par la Commission et les États membres qui s'appuie lui-même «sur une infrastructure à clés publiques». Il doit permettre *«la délivrance fiable et sûre des certificats et la vérification fiable et sûre de l'authenticité, de la validité et de l'intégrité de ces certificats»*.

Ce «cadre de confiance», doit notamment permettre aux États de *«détecter les fraudes, en particulier la falsification et soutenir l'échange bilatéral de listes de révocation de certificats»*. Il vise également à assurer l'interopérabilité avec les systèmes technologiques établis au niveau international.

Le règlement est par ailleurs la base juridique :

- du traitement des données à caractère personnel nécessaire à la délivrance des certificats ;
- du traitement des informations nécessaires pour vérifier et confirmer l'authenticité et la validité de ces certificats.

Il doit respecter le règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 (dit «RGPD»).

### **B) Articulation entre le mécanisme du passe sanitaire de droit français et le «certificat numérique covid européen»**

Les deux mécanismes ne se confondent pas. Même s'il est proche du Certificat Covid numérique, le «passe sanitaire» français, créé par les décrets n° 2021-699 et 2021-732 des 1er et 8 juin 2021, ne s'y substituera pas et les voyageurs qui en disposent doivent également être munis du certificat européen.

De la même manière, pour voyager en Europe, il est nécessaire de récupérer le certificat de vaccination au format européen.

### **C) Forme et modalités de délivrance du «certificat numérique covid»**

Les certificats peuvent être délivrés par chacun des États membres, ou par les organismes désignés agissant en leur nom. Ils peuvent prendre une « forme numérique ou papier, ou les deux », au choix du titulaire. Ils devront quoi qu'il en soit comporter un «code QR» portant une signature numérique mais également faire figurer les informations « sous une forme lisible par l'homme ».

Un certificat distinct doit être est délivré pour chaque vaccination, résultat de test ou rétablissement (en principe, le certificat ne contient pas de données provenant de certificats précédents). Autrement dit, les certificats doivent être mis à jour si la situation de la personne évolue et ne doit faire apparaître que les dernières données collectées.

### **D) Conséquences de la possession d'un «certificat covid numérique»**

**IMPORTANT :** La possession d'un certificat « ne constitue pas une condition préalable à l'exercice du droit à la libre circulation » (article 3, point 6 du règlement européen), cette dernière restant garantie à toute personne. Aussi, le certificat Covid numérique a pour seul objet de faciliter les déplacements en exemptant ses titulaires de certaines restrictions telles que les mesures de quarantaine.

A ce titre, aux termes du règlement 2021/953 du 14 juin 2021, les États membres doivent donc s'abstenir d'imposer des restrictions supplémentaires en matière de déplacements (tests supplémentaires de dépistage, quarantaine ou un autoconfinement) aux titulaires d'un «certificat COVID numérique» de l'Union européenne, à moins que ces restrictions ne soient nécessaires et proportionnées pour préserver la santé publique.

De telles restrictions supplémentaires sont donc possibles «*par exemple en cas de détérioration rapide de la situation épidémiologique d'un État membre, ou d'une région d'un État membre, notamment à cause d'un variant préoccupant ou d'un variant à suivre du SARS-CoV-2*». L'État doit alors informer la Commission et les autres États membres, si possible 48 heures avant l'introduction des nouvelles restrictions.

### **E) La préservation des principes fondamentaux liés à l'interdiction des discriminations directes ou indirectes : évocation de la problématique de la vaccination**

Même en période de pandémie, les droits nationaux ne peuvent prétendre s'affranchir du droit de l'Union européenne, en particulier des droits et libertés fondamentales que l'Union entend promouvoir et protéger.

Ainsi, les mesures instituant des mécanismes tels que le passe sanitaire constituent en elles-mêmes des restrictions à certaines libertés (ce qui ne signifie pas en soi qu'elles sont illégales).

Le paragraphe 36 du Préambule du règlement énonce ainsi : «*Il y a lieu d'empêcher toute discrimination directe ou indirecte à l'encontre des personnes qui ne sont pas vaccinées, par exemple pour des raisons médicales, parce qu'elles ne font pas partie du groupe cible auquel le vaccin contre la COVID-19 est actuellement administré ou pour lequel il est actuellement autorisé, comme les enfants, ou parce qu'elles n'ont pas encore eu la possibilité de se faire vacciner ou ne souhaitent pas le faire.*

*Par conséquent, la possession d'un certificat de vaccination, ou la possession d'un certificat de vaccination mentionnant un vaccin contre la COVID-19, ne devrait pas constituer une condition préalable à l'exercice du droit à la libre circulation ou à l'utilisation de services de transport de voyageurs transfrontaliers tels que les avions, les trains, les autocars ou les transbordeurs ou tout autre moyen de transport. En outre, le présent règlement ne peut être interprété comme établissant un droit ou une obligation d'être vacciné.»*

### **201/ L'application du règlement européen du 14 juin 2021 peut-il restreindre l'application du dispositif français de passe sanitaire ou du passe vaccinal ?**

Oui. C'est le contentieux relatif à l'application du passe sanitaire dans les centres commerciaux qui a permis au Conseil d'Etat de rappeler certains principes issus du droit de l'union européenne.

La problématique qui s'est posée était la suivante : les personnes dépourvues de passe sanitaire peuvent-elles ou non disposer d'un accès direct aux centres commerciaux pour pouvoir se rendre dans des magasins délivrant des produits de première nécessité ?

Des particuliers avaient saisi le juge des référés du tribunal administratif de Nice pour qu'il suspende l'obligation préfectorale imposant le passe sanitaire à l'entrée de six centres commerciaux des Alpes-Maritimes. Ils ont fait appel devant le Conseil d'État de l'ordonnance du juge administratif ayant rejeté leur demande. Le gouvernement ayant revu sa position sur le passe sanitaire, celui-ci n'est plus requis dans les centres commerciaux des départements où le taux d'incidence de circulation du virus est inférieur à 200/100 000 et en décroissance continue depuis au moins sept jours. De nombreux recours sont devenus sans objet, mais pas celui en l'espèce.

Le juge des référés s'est interrogé sur la «*garantie d'accès*» des personnes aux biens et services de première nécessité ainsi que, le cas échéant, aux moyens de transport, figurant au point II, 7°, de l'article 47-1 du décret n°2021-699 du 1er juin 2021 modifié., face à un public mixte (certaines personnes étant titulaires d'un passe sanitaire, d'autres en étant dépourvues).

Dans une ordonnance de référé du 13 septembre 2021, le Conseil d'Etat a considéré que la méconnaissance du principe d'égalité ne révèle pas une atteinte à une liberté fondamentale. De manière plus précise, le juge a estimé que l'obligation de présentation d'un passe sanitaire pour accéder à certains lieux, **dès lors que ce dernier n'est pas limité au seul certificat de vaccination**, «*ne crée aucune discrimination entre les personnes vaccinées et non vaccinées qui serait contraire au principe d'égalité et au règlement (UE) 2021/953 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2021 relatif à un cadre pour la délivrance et l'acceptation de certificats covid-19 interopérables de vaccination, de test et de rétablissement afin de faciliter la libre circulation pendant la pandémie de covid-19.*»

La Haute Juridiction administrative rappelle ici très clairement l'interdiction de toute discrimination entre les personnes vaccinées et non-vaccinées concernant la préservation de leurs droits et libertés en se fondant sur les dispositions (qui sont peu évoquées par les médias) du droit de l'Union européenne. Le passe sanitaire ne se confond aucunement avec l'obligation vaccinale et n'est générateur d'aucune discrimination que parce qu'il n'est pas cantonnée à cette obligation.

**Voir l'ordonnance de référé du Conseil d'Etat du 13 septembre 2021 :**

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/centres-commerciaux-des-alpes-maritimes-le-conseil-d-etat-ne-suspend-pas-l-obligation-de-passe-sanitaire>

## **202/ Quelle est la doctrine de la CNIL concernant l'articulation du mécanisme du passe sanitaire, du passe vaccinal, de l'obligation vaccinale et du règlement général européen de données (RGPD) ?**

La Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) a publié le 29 septembre 2021 un questions-réponses portant sur le passe sanitaire et l'obligation vaccinale, analysé au regard des impératifs de protection des données personnelles.

### **A) L'application du passe sanitaire et de l'obligation vaccinale est soumise au respect du RGPD**

La CNIL souligne que les personnes gérant les lieux, établissements ou événements qui sont conditionnés à la présentation du passe sanitaire sont responsables du traitement de données personnelles que constitue l'opération de vérification. En conséquence, toutes les règles du RGPD applicables à un tel traitement doivent être respectées.

La CNIL énonce ainsi que, s'agissant de l'obligation d'information des salariés concernés par le passe sanitaire, celle-ci doit être exécutée le plus en amont possible de la vérification et placée à des emplacements accessibles et visibles lors de l'accès à l'établissement concerné par le dispositif. En outre, elle doit être complétée par des informations claires et concises concernant la protection des données personnelles.

Le respect du RGPD implique également l'obligation d'utiliser une application de lecture du passe sanitaire autorisée (en conservant à l'esprit le fait que seule l'application TousAntiCovid Verif ou une application de lecture autorisée par le ministère chargé de la santé selon une procédure prévue par l'arrêté 24 août 2021 peuvent être utilisées.

Toujours dans le cadre du RGPD, l'on trouve l'obligation de tenir un registre des personnes habilitées à contrôler le passe sanitaire. La CNIL précise que ce registre constitue un traitement de données personnelles. Sa mise en œuvre doit donc se faire dans le respect du RGPD.



Il est précisé par la CNIL que l'employeur concerné ne peut pas demander à un salarié soumis à l'obligation de présenter le passe sanitaire de procéder à une transmission dudit document par courriel, et ce même s'il s'agit d'un courriel professionnel, compte tenu de l'interdiction de conserver ce document en tant que tel.

La CNIL apporte également des précisions quant à la portée des informations susceptibles d'être demandées par l'employeur à un salarié assujéti à l'obligation de présentation du passe sanitaire. L'employeur peut ainsi demander le passe sanitaire (au format papier ou numérique), mais il ne peut pas demander à un salarié :

- des informations sur son statut vaccinal ou sur le schéma vaccinal réalisé (ex. : le nombre de doses, les dates d'injection ou le type de vaccin réalisé) ;
- des informations relatives à son intention de se faire vacciner ou non ;
- un certificat de vaccination ou le résultat d'un test de dépistage du covid-19.

### **B) Délai de conservation des données relatives au passe sanitaire**

La CNIL rappelle que l'employeur ne peut pas conserver le justificatif attestant de la vaccination complète du salarié, mais uniquement le résultat de la vérification opérée, par exemple sous la forme « OUI/NON », dans un fichier dédié ou dans le dossier personnel du salarié jusqu'à la fin de l'application du dispositif conformément au calendrier fixé par le Gouvernement ou, si elle est antérieure, jusqu'à la date de fin du contrat de travail. Il doit également veiller à limiter l'accès à cette information aux seules personnes habilitées, comme le service RH. Ainsi, ni le supérieur hiérarchique du salarié ni ses collègues ne doivent y avoir accès.

### **C) Obligation vaccinale et protection des données personnelles du salarié**

La CNIL apporte des précisions aux employeurs et salariés concernés par l'obligation de vaccination contre la Covid-19. Elles sont identiques à celles relatives au passe sanitaire.

L'employeur ne doit pas conserver le certificat de statut vaccinal du salarié concerné. Il ne peut que consigner le résultat de la vérification opérée puis le conserver jusqu'à la fin de l'obligation vaccinale ou à la fin du contrat de travail de la personne concernée.

A titre dérogatoire, la CNIL admet que l'employeur distingue les personnes ayant un schéma de vaccination complet de celles ayant un statut temporaire et devant donc être reconstruées sous un délai déterminé mais uniquement entre le 15 septembre et le 15 octobre inclus. Il s'agit ainsi de prendre en compte la période transitoire permettant à un salarié ayant justifié d'une première dose de vaccin de pouvoir continuer à exercer son activité à condition de présenter le résultat négatif d'un test virologique.

**Voir les questions-réponses de la CNIL du 29 septembre 2021 :**

<https://www.cnil.fr/fr/covid-19-questions-reponses-sur-le-passe-sanitaire-et-lobligation-vaccinale>

### **203/ Quelle est la sanction encourue par une entreprise cliente d'entreprises de transport prétendant imposer le passe sanitaire ou le passe vaccinal aux personnels de conduite alors qu'elle n'exerce pas une activité le permettant en application des dispositions légales et réglementaires ?**

Il est utile de rappeler que seule une personne ou une entreprise entrant dans le champ d'application de l'obligation de présentation du passe sanitaire peut juridiquement exiger une présentation dudit passe à des personnes tierces devant accéder à ses locaux.

En-dehors des cas prévus par la loi (par les articles 1er de la loi du 5 août 2021 et du décret du 7 août 2021), le fait d'exiger le statut vaccinal d'une personne ou, plus largement, de conditionner l'accès à des locaux constitue une infraction pénale.

Ce principe d'interdiction est posé par l'article 1er de la loi du 5 août 2021 qui précise qu'en-dehors des situations légalement prévues, « 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. »

Le même article 1er pose les sanctions applicables en cas de méconnaissance de cette interdiction : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende le fait d'exiger la présentation des documents (...) »

prévus par la loi pour accéder à d'autres locaux que ceux visés par les dispositions légales et réglementaires.

### **204/ Que risque un salarié refusant la présentation du passe sanitaire ou du passe vaccinal alors même que celui-ci est obligatoire dans l'exercice de ses fonctions en application des dispositions légales ?**

Si un salarié est obligé, en application des dispositions légales et réglementaires, de disposer d'un passe sanitaire vaccinal pour pouvoir exercer ses fonctions, son employeur pourra (et en aura même l'obligation) exiger la présentation de ce passe sanitaire ou vaccinal.

Sur l'employeur pèse en effet une obligation légale notamment sanctionnée par une amende. Se pose alors nécessairement la question de savoir ce qu'il adviendra du salarié récalcitrant, c'est-à-dire du salarié refusant la présentation de son passe sanitaire alors même qu'il existe une disposition légale en la matière.

#### **A) Cas du salarié en contrat de travail à durée indéterminée (CDI)**

La loi envisage la situation. Les termes de la loi sont les suivants : *«Lorsqu'un salarié soumis à l'obligation prévue aux 1° et 2° du A du présent II ne présente pas les justificatifs, certificats ou résultats dont ces dispositions lui imposent la présentation et s'il ne choisit pas d'utiliser, avec l'accord de son employeur, des jours de repos conventionnels ou des jours de congés payés, ce dernier lui notifie par tout moyen, le jour même, la suspension de son contrat de travail. Cette suspension, qui s'accompagne de l'interruption du versement de la rémunération, prend fin dès que le salarié produit les justificatifs requis.*

*« Lorsque la situation mentionnée au premier alinéa du présent 1 se prolonge au-delà d'une durée équivalente de trois jours travaillés, l'employeur convoque le salarié à un entretien afin d'examiner avec lui les moyens de régulariser sa situation, notamment les possibilités d'affectation, le cas échéant temporaire, au sein de l'entreprise sur un autre poste non soumis à cette obligation. »*

Il y aura donc une procédure spécifique créée en droit du travail, et qui concernerait uniquement l'hypothèse dans laquelle le **passe sanitaire ou vaccinal est juridiquement obligatoire et qu'un salarié refuse de le présenter.**

La procédure (visée aux articles 1er et 14 de la loi) est la suivante :

**1ere étape** : lorsque l'employeur constate que le salarié ne dispose pas d'un passe sanitaire ou vaccinal ou refuse de le présenter alors qu'il y est légalement tenu, l'employeur informe (par tout moyen, la loi n'apportant aucune précision sur ce point) le salarié en question de son impossibilité de travailler, par application de la loi.

Même si la loi ne l'impose pas formellement, la tenue d'un entretien entre l'employeur et le salarié est sous-jacente au rédactionnel retenu par le législateur. Au cours de cet entretien, doit être obligatoirement envisagée la possibilité d'utiliser les jours de repos conventionnels ou de congés payés s'ils existent. Le recours à l'utilisation de jours de congés ne peut pas être imposé au salarié, et celui-ci ne peut pas davantage l'imposer à son employeur.

**2e étape** : en cas d'impossibilité d'utiliser des jours de congés, ou de refus soit du salarié, soit de l'employeur (qui devra motiver ce refus), l'employeur doit obligatoirement notifier au salarié, le jour même, la suspension de son contrat de travail (par voie de conséquence, la rémunération du salarié n'a plus lieu d'être). Il faut bien noter que le recours à un licenciement à ce stade de la procédure est exclu. Un licenciement pourrait alors être annulé pour discrimination liée à l'état de santé du salarié.

L'expression consistant à dire qu'il convient de tenter d'expliquer au salarié quels sont les **«moyens de régulariser sa situation»** est une terminologie pour le moins vague. La loi ne fait pas mention d'une obligation d'affectation temporaire à un autre poste de travail qui pèserait sur l'employeur (et qui serait une obligation de moyen et non pas une obligation de résultat).

**3e étape** : La loi prévoit en son article 1er que lorsque la situation d'absence de présentation d'un passe sanitaire se prolonge au-delà d'une durée équivalente à trois jours travaillés, l'employeur convoque (obligatoirement) *«le salarié à un entretien afin d'examiner avec lui les moyens de régulariser sa situation, notamment les possibilités d'affectation, le cas échéant temporaire, au sein de l'entreprise sur un autre poste non soumis à cette obligation»*.

Le Ministère du Travail a mis en place un questions-réponses sur le passe sanitaire et l'obligation vaccinale (voir ci-après). Il y est notamment fait référence à la problématique de la suspension du contrat de travail.

L'adverbe *«notamment»* permet de considérer que l'affectation éventuelle à un autre poste n'est pas la seule option possible. L'option du télétravail, si celui-ci est possible, est envisageable.

Les services du Ministère du Travail soulignent qu'il n'y a aucun formalisme légal à respecter mais conseillent, pour des questions de preuve, le respect d'un certain formalisme (dans l'envoi d'une convocation et de la retranscription de l'entretien). Les questions-réponses du Ministère du Travail énoncent : «*Aucune disposition particulière n'est prévue s'agissant des modalités de convocation du salarié à l'entretien ayant pour objet d'examiner les moyens de régulariser sa situation. Pour autant, un certain formalisme pourra utilement être respecté afin de limiter toute contestation de forme en convoquant le salarié suspendu par tout moyen conférant date certaine à cette convocation. Par ailleurs, il est recommandé de retracer par écrit le déroulé de l'entretien et les éventuelles décisions qui seraient arrêtées à son issue.*»

**Voir les questions-réponses du Ministère du Travail portant sur le passe sanitaire et l'obligation vaccinale :**

<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#2>

On peut se demander si un salarié qui refuserait de se rendre à l'entretien commettrait ou non une faute disciplinaire. Si cela engendre une situation de blocage persistante, empêchant même l'employeur de tenter de trouver une solution, la réponse pourrait être positive.

L'employeur pourrait-il alors d'office procéder à la suspension de son contrat de travail ? Il n'existe aucune certitude à ce sujet. Qu'il y ait ou non suspension du contrat, on pourrait éventuellement considérer qu'un salarié refusant de se rendre à l'entretien sans motif valable considère qu'il manque à son obligation de loyauté (qui perdure même pendant la suspension du contrat de travail).

A la lecture des questions-réponses du Ministère du Travail (a priori dépourvu de toute valeur juridique) l'on comprend que pèse sur l'employeur une obligation de tenter, autant que possible, d'éviter une rupture du contrat de travail en essayant de procéder à l'affectation temporaire du salarié sur un autre poste.

En effet, il est indiqué : «*Parmi les moyens de régularisation figurent l'affectation temporaire à un poste non soumis à l'obligation susmentionnée si les besoins et l'organisation de l'entreprise le permettent ou le télétravail, lorsque les missions sont éligibles à ce mode d'organisation de travail.*»

Si cela s'avère matériellement impossible, en l'état actuel du droit, deux motifs de licenciement (outre, dans certains cas extrêmes, éventuellement un motif disciplinaire) semblent pouvoir être utilisés par l'employeur :

**a) le licenciement pour inaptitude :** l'employeur pourrait solliciter le médecin du travail pour examiner la situation d'un salarié qui ne disposerait pas d'un passe sanitaire alors même que celui-ci serait obligatoire pour son poste de travail de par la loi. Il pourrait alors être déclaré inapte, ce qui conférerait à l'employeur un motif réel et sérieux de licenciement.

**b) le licenciement pour trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise :** l'absence prolongée (ou les absences répétées) d'un salarié peuvent, lorsqu'elles perturbent le bon fonctionnement de l'entreprise (et non pas uniquement d'un service isolé) justifier un licenciement pour motif personnel mais non-disciplinaire.

Néanmoins, la jurisprudence exige que l'employeur démontre à la fois la perturbation objective dans le bon fonctionnement de l'entreprise et la nécessité de remplacer le salarié absent par un autre salarié, et ce dans le cadre d'un CDI (l'employeur doit d'ailleurs prouver l'existence de démarches en ce sens à une date concomitante de celle du licenciement ou prouver l'existence d'une embauche à une période également proche du licenciement).

Les questions-réponses du Ministère du Travail relatives au passe sanitaire et à l'obligation vaccinale permettent de considérer que le licenciement peut être envisagé en l'absence d'autres alternatives puisqu'il est indiqué : «*À l'issue et dans le cas d'une situation de blocage persistante, les procédures de droit commun concernant les contrats de travail peuvent s'appliquer.*» Par procédures de droit commun, il faut naturellement entendre procédures de licenciement.

Reste un point plus sujet à interprétation : à partir de quand considère-t-on qu'il existe une situation de blocage persistante ? Une semaine ? Plusieurs semaines ? Un mois ? La réponse n'est pas simple, et n'est pas fournie par les dispositions légales et réglementaires pas plus que par les questions-réponses du Ministère du Travail. Elle peut dépendre du mode d'organisation de l'entreprise, de sa taille et de la désorganisation générée par la situation.

**ATTENTION : obligation de présentation d'un passe sanitaire et obligation vaccinale sont deux choses très différentes.**

**La loi n'envisage (sauf pour certaines professions) qu'un cadre juridique concernant le défaut de présentation du passe sanitaire lorsque celui-ci sera obligatoire (trois situations sont concernées :**

**soit la présentation d'une preuve de vaccination, soit la présentation d'une preuve de réalisation d'un test négatif au covid-19, soit la présentation d'un certificat de rétablissement du covid-19).**

Autrement dit, un salarié peut toujours refuser (sauf à ce qu'elle soit rendue obligatoire le concernant) d'être vacciné tout en se trouvant en capacité de présenter un passe sanitaire en se situant dans l'une des deux autres situations envisagées.

La décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2021 peut sembler brouiller quelque peu les choses.

Logiquement, le Conseil constitutionnel a invalidé les dispositions prévoyant que le refus de présentation du passe sanitaire, alors qu'il serait obligatoire, constituerait un motif de rupture anticipée du contrat de travail (de même pour l'intérim) car le législateur n'a pas traité de la même manière les salariés en CDI (alors même qu'un virus ne fait pas de distinction entre un salarié en CDI et en CDD).

Néanmoins, les considérants 75, 77 et 78 ne peuvent manquer d'interpeller puisqu'ils énoncent : *«75. Il résulte des travaux préparatoires que le législateur a entendu exclure que la méconnaissance de l'obligation de présentation des justificatif, certificat ou résultat précités puisse constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement d'un salarié en contrat à durée indéterminée.*

*77. Toutefois, en instaurant une obligation de présentation d'un « passe sanitaire » pour les salariés travaillant dans certains lieux et établissements, le législateur a entendu limiter la propagation de l'épidémie de covid-19. Or, les salariés, qu'ils soient sous contrat à durée indéterminée ou en contrat à durée déterminée ou de mission, sont tous exposés au même risque de contamination ou de transmission du virus.*

*78. Dès lors, en prévoyant que le défaut de présentation d'un « passe sanitaire » constitue une cause de rupture des seuls contrats à durée déterminée ou de mission, le législateur a institué une différence de traitement entre les salariés selon la nature de leur contrat de travail qui est sans lien avec l'objectif poursuivi.»*

La lecture de la décision du Conseil constitutionnel semble conduire à constater que le Conseil estime que les travaux parlementaires préparatoires à la loi révèlent l'intention du législateur d'exclure le refus de présentation du passe sanitaire comme licenciement reposant sur une cause réelle et sérieuse.

La référence à la cause réelle et sérieuse permet a priori d'écarter un raisonnement fondé sur la nullité du licenciement, mais rien n'est absolument certain (même si la jurisprudence pose classiquement le principe d'une absence de nullité sans texte, qu'elle écarte cependant quand elle fait application de la protection au titre des droits fondamentaux).

Les travaux préparatoires sont utilisés par les juridictions (administratives comme judiciaires) pour interpréter la loi lorsque celle-ci est obscure. Ils peuvent donc parfois être dotés d'une valeur juridique qui leur est propre.

En l'espèce, la loi n'est pas obscure mais seulement silencieuse puisqu'il n'existe aucune disposition explicite (ni même implicite), tout simplement aucune référence, à la possibilité ou non de recourir à des licenciements. Pour autant, le Conseil constitutionnel l'ayant explicitement mentionné dans sa décision, la question de savoir si un licenciement pourrait être contesté avec succès dans ces situations se trouve posée.

Le contre-argument pourrait être tiré de la période de suspension d'un contrat de travail : une suspension à vie d'un contrat de travail n'est pas envisageable, puisque le principe même d'un contrat de travail à vie est interdit car assimilé à une forme d'esclavage (c'est la Révolution française qui a d'ailleurs interdit, par réaction aux pratiques de l'Ancien Régime, l'existence de relations de travail à vie).

### **Conclusion :**

**a) Le Conseil constitutionnel sanctionne simplement une disposition qui traitait différemment la rupture de contrats de travail de salariés au regard d'un virus contre lesquels ils subissent des risques identiques indépendants de la nature de leur contrat ;**

**b) en dépit des travaux préparatoires à la loi, le fait est que le licenciement pour refus de présentation d'un passe sanitaire (lorsque celui-ci est obligatoire) n'est ni interdit, ni intégré aux cas de nullité de certains licenciements tels que prévus par l'article L1132-1 du Code du travail. Il est donc possible, le cas échéant, d'appliquer le droit commun du licenciement en la matière.**

**Tout contrat de travail à vie étant interdit, une suspension du contrat ne peut l'être (le salarié n'y aurait guère d'intérêt en termes de rémunération au demeurant puisqu'il n'en percevra pas).**

ATTENTION : les régimes juridiques du passe sanitaire et du passe vaccinal diffèrent sensiblement. En effet, en l'état actuel du droit, seul le législateur peut imposer une obligation vaccinale. En aucun cas un employeur ne peut imposer à l'un de ses salariés de se faire vacciner, ni ne peut le sanctionner en cas de refus, lorsque la loi n'impose pas d'obligation de vaccination.

Le passe vaccinal n'est pas imposé professionnellement. L'employeur ne peut donc pas procéder au licenciement d'un salarié refusant d'être vacciné quand bien même celui-ci refuserait de se rendre dans des locaux au sein desquels la présentation d'un passe vaccinal est impérative.

### **B) Cas du salarié en contrat de travail à durée déterminée (CDD) ou en contrat de travail temporaire**

Alors que le projet de loi envisageait la rupture anticipée du contrat de travail du salarié en CDD en cas d'absence de présentation du passe sanitaire lorsque celui-ci est obligatoire, cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel au nom du principe d'égalité de traitement entre salariés.

Pour rappel, les cas de rupture anticipée d'un CDD sont limitativement énumérés par le Code du travail (puisque l'encadrement du recours à ce type de contrats diffère du régime juridique du CDI).

De la même manière que pour un CDI, le contrat de travail du salarié concerné pourra être suspendu sans rémunération. Mais il y existe une différence de nature entre un CDI et un CDD : le terme du contrat.

S'il n'existe aucune échéance pour un CDI, il est logique de considérer qu'au bout d'un certain temps, l'employeur puisse in fine décider d'une procédure de licenciement non-disciplinaire en principe. En revanche, un CDD est par définition un contrat à durée déterminée.

Quels seront les effets de la suspension d'un CDD ? La durée de ce contrat se trouvera-t-elle prolongée d'autant ?

La loi ne répond pas à cette interrogation. Elle apporte seulement la précision suivante : *«Lorsque le contrat à durée déterminée d'un salarié est suspendu (...), le contrat prend fin au terme prévu si ce dernier intervient au cours de la période de suspension.»*

Cependant, le protocole national sanitaire a été actualisé au 9 août 2021 afin de tenir compte du nouveau cadre juridique fixé par les pouvoirs publics.

Le document traite notamment de la question de la suspension du contrat de travail des salariés en contrats précaires. Il énonce ainsi que si le salarié ne justifie pas du passe vaccinal ou de sa vaccination, le contrat de mission peut être suspendu dans les mêmes conditions qu'un CDI.

La suspension du contrat ne fait pas obstacle à l'échéance du terme de la mission. L'entreprise de travail temporaire a la possibilité de recourir à un autre salarié temporaire pendant la durée de la suspension du contrat.

Cette prise de position des services du Ministère du Travail semble permettre de considérer que, pour le salarié intérimaire concerné, la suspension du contrat de travail n'entraînera pas la prolongation de la durée de ce contrat.

En revanche, cette interrogation peut subsister pour un salarié en CDD «classique». L'employeur pourra-t-il avoir recours à un autre salarié dans le cadre d'un CDD pour pourvoir au même besoin tout en laissant le salarié initial en période de suspension de son contrat de travail jusqu'au terme dudit contrat ? La question n'a pas de réponse certaine.

### **205/ Lorsque le passe sanitaire existait de manière généralisée, quelle pouvait être la réaction de l'employeur face à un salarié refusant à la fois d'être vacciné (alors que la vaccination n'est pas obligatoire) et de se faire tester afin d'exécuter sa prestation de travail ?**

En l'absence d'obligation vaccinale le concernant, un salarié qui refusait à la fois d'être vacciné et testé se mettait dans une situation où il ne pouvait pas travailler si des tests étaient obligatoires sur les lignes qu'il réalise (car de toute façon, même s'il était malade, il ne pourrait pas travailler).



Si l'entreprise proposait de payer le test, et essayait un refus du salarié, sans doute aurait-elle l'obligation, avant d'envisager une rupture du contrat de travail pour motif disciplinaire, de déterminer s'il peut être affecté à un autre poste.

La suspension du contrat de travail non-rémunérée ne pouvait en tout état de cause pas être pérenne. Le licenciement pour trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise pourrait être envisagé à terme.

Bien que ce ne soit pas la première logique à préconiser, le recours à une sanction disciplinaire, autre qu'un licenciement, semblait tout à fait possible. En effet, la personne se mettait dans l'impossibilité d'exercer son travail et place l'entreprise en situation difficile surtout si celle-ci proposait de payer le test (on pouvait alors voir dans le refus du salarié de se mettre dans une situation de travail un acte de déloyauté contractuelle).

A partir du moment où les conditions suivantes étaient réunies :

- le test est nécessaire à la réalisation de la mission ;
- le salarié refuse tout à la fois d'être vacciné et d'être testé, y compris si l'entreprise propose de payer les tests ;
- que le fait de se rendre volontairement malade ne peut raisonnablement pas être considéré comme une option, donc l'idée de dire que si l'on est malade, il y aura certificat de rétablissement, et donc qu'une option tierce existe, n'est pas sérieusement défendable ;
- et que l'entreprise, en fonction de ses possibilités, a tenté de rechercher une affectation sur une autre poste, de manière sérieuse et loyale,

une sanction disciplinaire (voire, en fonction des circonstances, un licenciement) était concevable. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur, pour ce qui concerne la partie du licenciement, est d'ordre public et que seul le législateur peut l'en priver, sous condition, et que pour les autres mesures disciplinaires, seule une irrégularité (type absence de règlement intérieur lorsqu'il est obligatoire) paralyse le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

Aucune disposition législative n'interdit un licenciement disciplinaire qui serait fondé sur le refus de se mettre en position d'exécuter sa prestation de travail. La sanction disciplinaire ne résiderait pas dans le refus de se faire tester, ou de se faire vacciner, mais dans le refus de se mettre en situation de travail (alors même que des obligations extérieures à l'entreprise s'imposent à elles).

### **206/ Un salarié non-vacciné faisant partie du personnel de conduite peut-il valablement refuser d'exécuter sa prestation de travail en arguant du fait que, depuis la mise en place du passe vaccinal, il ne peut plus déjeuner au restaurant ?**

La réponse à cette interrogation paraît, en l'état actuel du droit, négative. En effet, les transports routiers sont une activité qui renvoie à une logique d'exemption du passe vaccinal : il existe un certain nombre de restaurants routiers, identifiés par les services de l'Etat, dont l'accès n'est pas conditionné à un passe vaccinal pour les professionnels du transport routier (pas plus que l'accès n'était précédemment conditionné à la présentation d'un passe sanitaire).

On peut toutefois envisager que le salarié concerné ne réalise pas sa prestation de travail sur des trajets proches de restaurants routiers et qu'en pratique, il ne puisse pas avoir accès à ces restaurants au sein desquels l'obligation de présentation d'un passe vaccinal ne trouve pas à s'appliquer.

Dans cette hypothèse, l'entreprise doit pouvoir vérifier sa capacité à lui proposer une affectation à un autre poste ne nécessitant pas de présentation de passe vaccinal. Si l'entreprise ne dispose pas de cette possibilité, il faut considérer qu'elle est en droit d'imposer au salarié d'exécuter sa prestation de travail : en effet, celui-ci conserve la possibilité de déjeuner dans son véhicule, aucune disposition légale ou réglementaire n'interdisant à un conducteur routier de déjeuner dans son camion.

Ainsi, si le salarié refuse purement et simplement de réaliser la prestation de travail demandée en arguant de l'absence de passe vaccinal, le contrat de travail de ce salarié pourrait faire l'objet d'une suspension non-rémunérée, puis, le cas échéant, d'une mesure disciplinaire à son encontre.

### **207/ Le régime de suspension du contrat de travail à l'égard des personnels assujettis à l'obligation vaccinale mais refusant d'être vaccinés constitue-t-il un trouble manifestement illicite ?**



## **A) Cas général : situation dans laquelle le salarié est médicalement apte à travailler**

Si l'on en croit la solution retenue par quatre ordonnances de référé des tribunaux administratifs, la réponse semble négative.

Les ordonnances en question sont les suivantes :

- ordonnance de référé du tribunal administratif de Strasbourg du 27 septembre 2021 ;
- ordonnance de référé du tribunal administratif de Clermont-Ferrand du 30 septembre 2021 ;
- ordonnance de référé du tribunal administratif de Versailles du 13 octobre 2021 ;
- ordonnance de référé du tribunal administratif de Besançon du 11 octobre 2021.

Dans ces affaires, des salariés travaillant en milieu hospitalier et refusant de se faire vaccinés avaient vu leurs contrats de travail faire l'objet d'une suspension en application des dispositions légales et réglementaires.

Ils demandaient en justice la suspension de ces mesures, arguant de l'existence d'un trouble manifestement illicite.

Pour rappel, le référé-suspension est une mesure d'urgence qui permet d'empêcher l'exécution immédiate d'une décision en attendant que l'affaire soit tranchée «au fond».

Pour que la condition d'urgence soit justifiant le référé-suspension soit remplie, il faut que la décision contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Le juge des référés apprécie concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de cette décision sur sa situation sont de nature à caractériser une urgence justifiant que l'exécution de la décision soit suspendue, sans attendre le jugement au fond.

Il a été observé que le droit à l'intégrité physique, qui fait partie du droit au respect de la vie privée n'interdit pas une immixtion des pouvoirs publics empêche dans ce droit. Une telle ingérence peut résulter d'une vaccination obligatoire dès l'instant où elle est justifiée par des considérations de santé publique et proportionnée à l'objectif poursuivi.

Le juge administratif a ajouté qu'il devait alors exister un rapport suffisamment favorable entre, d'une part, la contrainte et le risque présentés par la vaccination pour chaque personne vaccinée et, d'autre part, le bénéfice qui en est attendu tant pour cet individu que pour la collectivité dans son entier, y compris ceux de ses membres qui ne peuvent être vaccinés en raison d'une contre-indication médicale, compte tenu à la fois de la gravité de la maladie, de son caractère plus ou moins contagieux, de l'efficacité du vaccin et des risques ou effets indésirables qu'il peut présenter.

Dans cette affaire, le juge a constaté que le salarié ne faisait état d'aucun élément précis de nature à remettre en cause l'efficacité des vaccins contre la covid-19 ou à attester de ses effets indésirables, ou même à démontrer que la vaccination ne serait pas nécessaire pour atteindre l'objectif de réduction des contaminations.

Le juge a ensuite observé que la procédure de suspension du contrat de travail telle que mise en place par les dispositions légales et réglementaires avait été scrupuleusement respectée par l'employeur.

Le juge a alors tiré de ses analyses et constatations les conclusions suivantes :

- d'une part, l'obligation vaccinale telle qu'issue de la loi du 5 août 2021 n'est pas incompatible avec la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- d'autre part, la décision du directeur du centre hospitalier suspendant le salarié de ses fonctions en vertu de cette loi n'a pas porté d'atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie privée et de l'intégrité physique de ce salarié.

Certains juges, reprenant l'adage selon lequel «nul n'est censé ignorer la loi», les juges estiment que les agents se sont eux-mêmes placés dans l'impossibilité de poursuivre son activité professionnelle en refusant de se faire vacciner, alors qu'ils avaient été dûment informés des conséquences de leurs refus.

La situation d'urgence n'est en conséquence pas caractérisée pour les juges, ce d'autant plus, qu'à tout moment, les agents concernés peuvent s'engager dans la vaccination et mettre ainsi elle-même un terme à leurs suspensions pour reprendre leur activité professionnelle.

En outre, les juges ont considéré que la notion d'urgence devait s'apprécier objectivement et globalement, et non pas individuel. En d'autres termes, les juges ont entendu se placer dans le cadre de l'analyse de l'intérêt général. Or, en l'occurrence, le tribunal administratif a estimé que la lutte contre l'épidémie de covid-19 justifiait la poursuite de la suspension de l'agente dans un souci de protection générale et impérieuse de la santé publique, notamment dans l'établissement de santé où celle-ci travaillait.

**B) Cas particulier : suspension du contrat de travail prononcée durant un arrêt maladie : une jurisprudence du Conseil d'Etat favorable à la suspension des contrats de travail des salariés concernés applicable à la fin de leur arrêt maladie**

**Pour rappel** : Suite à des mesures de suspensions des contrats de travail de salariés soumis à l'obligation vaccinale, s'est posée la question de l'articulation entre arrêt maladie et suspension sans rémunération pour défaut de respect de l'obligation vaccinale : un agent hospitalier se trouvant en arrêt maladie pouvait-il faire l'objet d'une telle mesure de suspension ?

Dans les ordonnances de référé des tribunaux administratifs de Besançon et de Cergy-Pontoise, les agents publics hospitaliers étaient en arrêt maladie à la date à laquelle ils devaient attester avoir reçu une première dose de vaccin ou faire l'objet d'une contre-indication à la vaccination.

Les deux tribunaux ont adopté des solutions différentes.

Le tribunal administratif de Besançon a considéré valable la suspension du contrat de travail de l'agent durant son arrêt maladie aux motifs :

-d'une part, que la loi relative à la fonction publique hospitalière du 9 janvier 1986 ne fait pas obstacle à l'application, pour les fonctionnaires en arrêt maladie, d'une législation spécifique subordonnant le maintien de leur droit à rémunération au respect d'autres conditions, la loi du 5 août 2021 constituant une telle législation spécifique ;

-d'autre part, que la loi du 5 août 2021 n'a pas opéré de distinction, s'agissant de l'obligation vaccinale qu'elle édicte, selon que les fonctionnaires concernés seraient, ou non, en arrêt maladie.

À l'inverse, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a suspendu la décision de suspension du contrat de travail de l'agent public hospitalier non-vacciné.

Le juge a considéré que les dispositions de la loi du 5 août 2021 ne trouvaient pas à s'appliquer à l'agent qui, placé en congé maladie à la date d'entrée en vigueur de ces dispositions, n'est pas en mesure d'exercer son activité.

Mais si ces décisions pouvaient laisser penser à une contrariété de jurisprudence, quatre autres ordonnances de référé de tribunaux administratifs permettent de considérer qu'existe désormais une jurisprudence dominante favorable à la suspension des mesures de suspensions des contrats de travail des salariés concernés.

En premier lieu, deux ordonnances de référé, toutes deux rendues le 21 octobre 2021, les tribunaux administratifs de Nancy et de Melun ont suspendu la suspension du contrat de travail d'agents publics pour défaut de vaccination au motif qu'ils étaient déjà en congé maladie à ce moment-là.

Dans la première affaire, le tribunal administratif de Nancy a invalidé la mesure de suspension de fonctions prise à l'encontre de l'infirmière, bien qu'il ait considéré que les dispositions de la loi relatives à l'obligation de vaccination et à la procédure de suspension s'imposent bien à un agent placé en arrêt maladie au moment de leur entrée en vigueur.

Cependant, pour le juge, la procédure de suspension ne peut prendre effet qu'à l'issue du congé maladie.

Or, en l'espèce, à la date du 15 septembre 2021, si l'infirmière était bien soumise à l'obligation de vaccination, elle ne pouvait pas faire l'objet d'une mesure de suspension puisqu'elle était en arrêt maladie. Selon le juge, la mesure de suspension ne pouvait pas être décidée avant la reprise du travail.

Ainsi, le juge a ordonné la suspension de l'exécution de la mesure de suspension de fonctions en tant qu'elle a pris effet à compter du 15 septembre 2021.

Dans la seconde affaire, un agent d'un centre hospitalier avait été suspendu de ses fonctions le 20 septembre 2021 alors qu'il était en arrêt maladie du 17 juin 2021 au 31 octobre 2021.

Le tribunal administratif de Melun, après avoir constaté que le salarié était en arrêt maladie, et donc insusceptible d'être présent dans le centre hospitalier, a relevé que sa situation ne constituait pas un risque pour les patients ou le personnel de l'établissement et a, par voie de conséquence, décidé de suspendre la mesure de suspension.

Il a ordonné que l'agent soit replacé en situation d'arrêt maladie, et non pas en suspension sans traitement, jusqu'au 31 octobre 2021.

Outre ces deux ordonnances de référé rendues le même jour, deux autres ordonnances de référé, l'une du tribunal administratif de Grenoble du 26 octobre 2021, l'autre du tribunal administratif de Rennes du 28 octobre 2021, ont adopté la même position. Les juges administratifs ont estimé que les salariés concernés n'avaient pas à justifier de leur vaccination alors qu'ils étaient en arrêt maladie au moment de l'entrée en vigueur de la loi.

**Enfin, dans une ordonnance de référé du 2 mars 2022, le Conseil d'Etat a tranché :** La Haute Juridiction administrative a considéré que s'il est légal de prendre une mesure de suspension à l'égard d'un agent qui ne satisfait pas à l'obligation vaccinale alors qu'il est déjà en congé de maladie, cette mesure (et la suspension de traitement va avec) ne peut toutefois entrer en vigueur qu'à compter de la date à laquelle prend fin le congé maladie de l'intéressé.

**Le Conseil d'Etat approuve donc le tribunal administratif de Rennes (dans son ordonnance de référé du 28 octobre 2021)** d'avoir jugé que la mesure de suspension de l'infirmière devait voir son entrée en vigueur différée au terme de son arrêt maladie.

### **C) Portée générale de l'obligation vaccinale dans les établissements de santé : l'obligation vaccinale s'impose même si l'agent n'a aucun contact avec des malades ou des soignants**

Pour plusieurs tribunaux administratifs, certains lieux d'exercice professionnel dispensent d'obligation vaccinale. Dans trois affaires, les agents occupaient des fonctions sans contact avec des patients et n'entretenaient pas d'interactions avec des professionnels de santé compte tenu de la configuration des locaux.

Les juges des référés des tribunaux administratifs de Grenoble et de Lyon avaient considéré qu'il existait un doute sérieux quant à la légalité de la décision de suspension de fonctions dont ils avaient fait l'objet.

L'un des agents était contrôleur principal affecté à la trésorerie hospitalière Nord Drôme. Compte tenu de ses missions et de la configuration des locaux, l'intéressé n'était pas en contact avec des patients et n'entretenait pas d'interactions avec des professionnels de santé.

L'autre était adjoint administratif hospitalier principal de deuxième classe. Le magasin central du CHU de Saint-Étienne dans lequel cet agent travaillait se trouve sur un site distinct de celui des autres locaux de cet établissement de santé.

Enfin, le dernier agent était ouvrier principal de deuxième classe. Il travaillait dans la cantine du CHU de Saint-Étienne dont les locaux sont situés à distance des autres locaux de cet établissement de santé.

Le Conseil d'Etat n'a pas été dans le sens des tribunaux administratifs.

Par arrêts du 2 mars 2022, le Conseil d'Etat a jugé que l'obligation vaccinale applicable dans les établissements de santé s'impose à toute personne qui y travaille régulièrement. Peu importe, en conséquence, l'emplacement des locaux où travaille l'agent concerné, qu'il ait ou non des activités de soins ou encore qu'il soit ou non en contact avec des personnes hospitalisées ou des professionnels de santé.

Saisi par les employeurs de ces 3 agents publics, le Conseil d'Etat a annulé les ordonnances rendues par les tribunaux administratifs. La décision de suspendre des agents dans l'attente du respect leur obligation vaccinale n'est donc pas remise en cause.

Le Conseil d'Etat rappelle que le principe de l'obligation vaccinale pour l'ensemble des personnes exerçant leur activité dans les établissements de santé visés, à l'exception de celles y effectuant une tâche ponctuelle,

a pour objectif de garantir le bon fonctionnement des services hospitaliers publics grâce à la protection offerte par les vaccins disponibles et de protéger, par l'effet de la moindre transmission du virus par les personnes vaccinées, la santé des personnes qui y sont hospitalisées.

Il en conclut que l'obligation vaccinale s'impose à toute personne travaillant régulièrement au sein de locaux relevant d'un établissement de santé visé, et ceci :

- quel que soit l'emplacement des locaux en question ;
- que cette personne ait ou non des activités de soins,
- que cette personne soit ou non en contact avec des personnes hospitalisées ou des professionnels de santé.

Que l'agent public soit, comme dans ces affaires, une personne travaillant à la cantine ou dans les services purement administratifs d'un hôpital était donc sans incidence sur le respect de leur obligation vaccinale.

**D) Deux ordonnances de référé, d'une part du Conseil de Prud'hommes de Colmar du 16 février 2022, et d'autre part du Conseil de prud'hommes d'Alençon du 1<sup>er</sup> mars 2022 : l'annulation d'une procédure de suspension du contrat de travail d'un personnel soignant fondée sur des dispositions internationales**

**Ordonnance de référé du Conseil de prud'hommes du 16 février 2022** : Dans l'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance de référé du Conseil de prud'hommes de Colmar, il s'agissait d'une salariée comptable travaillant au sein d'un EHPAD. Elle justifiait de son refus d'être vaccinée par le fait que son activité puisse s'exercer sans contact avec la clientèle (son bureau étant à part et disposant d'un accès propre) ou en télétravail. Elle avait en outre indiqué être prête à financer régulièrement des tests PCR.

Le raisonnement des juges a comporté plusieurs temps :

**1) Dans une première étape**, les juges ont analysé la finalité de l'obligation vaccinale, leur analyse s'apparentant quelque peu à un jugement de valeur.

Si le Conseil de prud'hommes de Colmar a relevé que l'obligation vaccinale a bien été validée par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, son application a été jugée comme étant sujette à critiques. Le juge prud'homal a également considéré que si le vaccin est «*efficace pour limiter les formes graves de la maladie*», il «*s'avère moins utile contre la propagation de la maladie*». Or, selon la juridiction prud'homale, «*l'obligation vaccinale n'avait pour seule finalité selon le gouvernement que de lutter contre cette propagation, nonobstant les récents propos avouant que le but n'était que d'importuner les non-vaccinés*».

Certains paragraphes de l'ordonnance sont curieusement rédigés. On peut notamment citer le point suivant : «*Attendu qu'il n'appartient pas au Conseil de céans d'apprécier si le Conseil Constitutionnel a ou non été dupé par le gouvernement qui a finalement avoué ultérieurement ses buts réellement recherchés (à savoir contraindre la population à se vacciner et non simplement lutter contre la propagation de l'épidémie de la COVID 19)*»).

**2) Dans un second temps**, les juges ont fait état du principe de proportionnalité de la mesure patronale à l'égard de la salariée.

Ils ont considéré que l'employeur de la salariée comptable aurait pu prendre des mesures lui permettant d'exercer son activité «*tout en respectant ses convictions personnelles*», comme la mise en place du télétravail, ce qu'il avait refusé.

Ils ont également mis en exergue «*l'imperfection de la loi du 5 août 2021*», qui prévoit la suspension du contrat mais permet l'exercice du mandat de représentant du personnel (la salariée était aussi élue au CSE). Il est par ailleurs à noter que le Conseil de prud'hommes a évoqué les circonstances de fait de litiges ayant donné lieu à une décision du tribunal administratif de Lyon pourtant remise en cause par un arrêt du Conseil d'État.

**3) Référence au droit de l'Union européenne** : Le Conseil de prud'hommes a considéré que la loi du 5 août 2021 et son décret d'application ont méconnu les dispositions nationales du Code du travail mais également de l'article 9 du règlement européen «*RGPD*» qui interdit à un employeur de collecter des données sur l'état de santé de ses salariés.

Ce faisant, il a considéré, d'une certaine manière, qu'il convenait d'écarter l'application de la loi française au regard de dispositions issues du droit de l'Union européenne.

Le Conseil de prud'hommes a finalement annulé la mesure de suspension du contrat de travail de la salariée, ordonné un paiement de rappel de salaires à la salariée ainsi que prévu l'octroi de dommages intérêts à celle-ci.

**Ordonnance de référé du Conseil de prud'hommes d'Alençon du 1<sup>er</sup> mars 2022** : la juridiction prud'homale a adopté, concernant la suspension du contrat de travail d'une salariée soignante qui avait refusé de faire vacciner, inédite à ce jour. Il faut cependant immédiatement noter deux éléments :

-il s'agit d'une ordonnance de référé, et donc non d'une décision de fond pour le moment ;  
-l'employeur a d'ores et déjà annoncé son intention d'interjeter appel de l'ordonnance.

En l'espère, la salariée est infirmière dans les équipes de l'EHPAD des Laurentides, à Tourouvre-au-Perche, dans l'Orne. En septembre 2021, faute de disposer d'un schéma vaccinal complet en raison d'un refus de vaccination, l'infirmière avait fait l'objet d'une mesure de suspension de son contrat de travail.

La salariée a alors saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir la caractérisation de l'existence d'un trouble manifestement illicite lui permettant d'obtenir la nullité de la procédure de suspension de son contrat de travail (et par voie de conséquence le paiement des salaires non-versés) ainsi que l'octroi de dommages intérêts.

Son employeur est l'Association de Bienfaisance de la Pellonnière, un organisme qui officie dans le développement d'œuvres sociales pour les personnes en difficulté physique et psychique et les personnes âgées dépendantes.

Dans son ordonnance de référé du 1er mars 2022, le Conseil de prud'hommes d'Alençon a fait droit à l'ensemble à la quasi-totalité des demandes de la salariée.

#### **Les juges ont raisonné en quatre phases :**

**1) Concernant le régime de la suspension du contrat de travail de la salariée** : les juges, qui ne visent pas le régime spécifique de suspension du contrat de travail lié au covid-19 (article 14 de la loi du 5 août 2021) font référence au régime de suspension de droit commun du Code du travail (article L1226-7).

Ils ont considéré que l'employeur aurait dû s'inscrire dans cette disposition et qu'à défaut de l'avoir fait, la suspension du contrat de travail de la salariée, à laquelle était associée une absence de versement de salaire, s'analysait en une mesure caractérisant une sanction disciplinaire prohibée accompagnée d'une sanction pécuniaire interdite.

Le CPH a en outre reproché à l'employeur de ne pas avoir fixé de délai de suspension du contrat de travail.

Pour les juges, ces irrégularités étaient de nature à entraîner la nullité des mesures prises par l'employeur à l'encontre de la salariée.

**2) S'agissant du refus de la salariée de se faire vacciner** : le CPH vise le nouveau règlement européen n°536/2014 portant sur les essais cliniques des médicaments, adopté le 16 avril 2014, qui est entré en vigueur le 31 janvier 2022.

Les juges ont relevé que l'autorisation de mise sur le marché qui a été donnée aux fabricants en procédure accélérée par l'Agence européenne des médicaments (EMA) est conditionnelle.

A NOTER : Selon l'EMA, ce type d'autorisation est délivrée «*sur la base de données moins complètes que ce qui est normalement requis*» et suppose que le fabricant s'engage à «*fournir des données cliniques complètes à l'avenir*». Les rapports européens publics d'évaluation (EPAR) rendus au sein de l'Agence européenne des médicaments pour Pfizer et Moderna indiquent que les laboratoires pharmaceutiques doivent encore «*fournir les résultats de l'essai principal, qui se poursuit pendant deux ans*». L'autorisation de mise sur le marché a été octroyée à Pfizer le 21 décembre 2020 jusqu'en décembre 2022. Le «*rapport final de l'étude clinique*» sera remis en décembre 2023. Pour Moderna, l'autorisation a été donnée le 6 janvier 2021 jusqu'en janvier 2023. Le «*rapport final de l'étude clinique*» sera remis en décembre 2022. Le fait qu'il s'agisse d'une vaccination en phase expérimentale ne saurait donc faire de doute.

Le nouveau règlement reprend la formule «*essai clinique*» qui était définie par la directive auquel il se substitue, à savoir la directive 2001/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001. Selon ce texte, un essai clinique est une «*investigation menée chez l'homme, afin de déterminer ou de confirmer les*

*effets cliniques, pharmacologiques et/ou les autres effets pharmacodynamiques d'un ou de plusieurs médicaments expérimentaux (...) dans le but de s'assurer de leur innocuité et/ou efficacité».*

Le CPH, outre le recours au droit de l'Union européenne pour justifier du refus de la salariée d'être vaccinée, mentionne également la convention d'Oviedo : il s'agit de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (du 4 avril 1997).

Il s'agit, dans le domaine biomédical, du seul instrument juridique contraignant international pour la protection des droits de l'Homme.

Les juges rappellent que les dispositions de cette convention imposent un consentement libre et éclairé des personnes pour l'administration de tout médicament à usage humain en période d'essai clinique.

**3) La situation familiale et personnelle de la salariée** : le CPH insiste également sur un point spécifique au litige : la situation dans laquelle se trouve la salariée. Il s'agit d'une mère de famille ayant été atteinte par une maladie grave (cancer) et ayant à sa charge une fille mineure de 16 ans. Les juges ont analysé le refus de la salariée d'être vaccinal comme justifié, du moins compréhensible, par l'existence de ce que l'on pourrait appeler un «*motif familial impérieux*», bien que la notion ne soit pas expressément utilisée dans l'ordonnance de référé.

**4) Le rejet de l'argumentaire de l'employeur** : Enfin, le CPH rejette l'argument de l'employeur selon lequel la Cour de cassation ayant refusé de transmettre deux questions prioritaires de constitutionnalité (CPQ) au Conseil de constitutionnel, cela démontrerait que l'obligation vaccinale telle qu'elle a été définie est juridiquement incontestable. Les juges ont estimé que, d'une part, la Cour de cassation n'avait pas réellement motivé sa position et que, d'autre part, ces prises de positions n'interdisaient aucunement au Conseil de prud'hommes d'analyser la pertinence des dispositions en cause au regard des conventions internationales.

C'est la première fois qu'une juridiction française a recours à des instruments juridiques européens pour mettre en échec une disposition relative à l'obligation vaccinale. Il sera intéressant de voir si ce positionnement sera ou non suivi sur un plan juridique.

En revanche, le raisonnement lié au régime de la suspension du contrat de travail paraît juridiquement hasardeux, puisque le CPH n'explique pas pourquoi il écarte le régime spécifique institué par la loi du 5 août 2021.

**ATTENTION : ces prises de position peuvent impacter les activités des transports routiers pour ce qui concerne un secteur, à savoir celui des transports sanitaires. En effet, le secteur des transports sanitaires est assujéti à l'obligation vaccinale.**

### **208/ En cas de refus d'irrégularité de la situation d'un salarié au regard de l'obligation de présentation d'un passe sanitaire, d'un passe vaccinal ou de l'obligation vaccinale, comment s'articulent les régimes juridiques d'arrêts maladie et de suspension du contrat de travail ?**

La question du traitement des arrêts maladie chevauchant en tout ou partie une période de suspension du contrat de travail non rémunérée pour défaut de passe sanitaire ou de non-respect de l'obligation vaccinale se pose depuis l'application de ces dispositifs aux salariés.

Le sujet vient de faire l'objet de précisions du Ministère du Travail dans un questions-réponses en date du 21 septembre 2021.

Deux situations distinctes sont visées par les pouvoirs publics.

**a) L'arrêt maladie survient avant la suspension du contrat de travail non-rémunéré** : Le salarié qui, avant suspension pour non-respect de l'obligation vaccinale, est placé en arrêt maladie par un médecin voit son contrat de travail suspendu à ce titre dans les conditions prévues par le droit commun (justificatif d'arrêt de travail à adresser à son employeur, etc.).

Il bénéficie des indemnités journalières de Sécurité sociale (IJSS) et, le cas échéant, des indemnités complémentaires «employeur» (légalés ou conventionnelles).



Le Ministère du Travail considère que l'obligation vaccinale applicable au salarié ne peut être exigée durant cet arrêt maladie, les obligations émanant du contrat de travail étant mises entre parenthèses durant cette période.

Au terme de l'arrêt maladie, on revient à la situation «classique» et le salarié sera à nouveau tenu de produire l'un des justificatifs admis au titre de l'obligation vaccinale, sauf à voir à nouveau son contrat suspendu sans rémunération.

**b) L'arrêt maladie survient pendant la période de suspension du contrat de travail non-rémunérée :** dans cette hypothèse, le Ministère du Travail estime que le salarié peut prétendre au bénéfice des indemnités journalières de Sécurité sociale (IJSS).

Néanmoins, la cause d'origine de suspension du contrat de travail résultant de la méconnaissance par le salarié de l'obligation vaccinale, les pouvoirs publics soulignent que l'employeur n'est pas tenu de verser les indemnités complémentaires maladie pour la durée de l'arrêt de travail (sous réserve de l'existence de dispositions conventionnelles spécifiques ou plus favorables au salarié).

**Voir les questions-réponses du Ministère du Travail:**

<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>

## 209/ Quelles sont les règles applicables aux personnes vulnérables ?

### **A) Le nouveau régime applicable au 27 septembre 2021 pour les personnes vulnérables**

Dans un communiqué de presse du 9 août 2021 le Ministère du Travail a annoncé que les personnes vulnérables peuvent reprendre une activité en présentiel si des mesures de protection renforcées sont appliquées (notamment un bureau individuel ou un dispositif limitant le risque comme un écran de séparation).

Toutefois, pour les personnes les plus à risque, le dispositif d'activité partielle et d'arrêt de travail dérogatoire est maintenu et va être adapté à partir du 15 septembre 2021 par décret (en attente de parution au Journal Officiel).

Ainsi les personnes vulnérables qui ne peuvent travailler à distance peuvent bénéficier d'une indemnisation si elles remplissent une des 3 conditions suivantes :

- être affecté à un poste de travail pour lequel l'employeur n'est pas en mesure de mettre en place des mesures de protection renforcées et susceptible d'exposer le professionnel à de fortes densités virales ;
- être atteint d'une immunodépression sévère ;
- justifier d'une contre-indication à la vaccination.

Un salarié qui ne relève pas de l'une de ces situations ne peut pas être placé en activité partielle du fait de son état de santé.

Toute personne concernée doit présenter un certificat d'isolement afin d'être mise en activité partielle. Ce certificat peut être établi par le médecin traitant, de ville ou du travail.

A NOTER : Le protocole national intègre une annexe dédiée au placement en activité partielle des personnes vulnérables. Celle-ci précise notamment les différentes mesures de protection à mettre en œuvre.

**b/ Les modifications du protocole national sanitaire relatives à la prise en compte du passe sanitaire et de l'obligation vaccinale :** Le protocole national sanitaire intègre un nouveau titre dédié au passe sanitaire ainsi que les principes relatifs à la vaccination pour s'adapter au nouveau cadre juridique issu de la loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.

Le document indique en outre que le Ministère du Travail a mis en place un questions-réponses concernant les interrogations opérationnelles que peuvent se poser les entreprises comme les salariés :

**Voir les questions-réponses du Ministère du Travail relatif au passe sanitaire ainsi qu'à l'obligation vaccinale :**

<https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/questions-reponses-par->

**c/ La gestion des personnes symptomatiques au covid-19** : Le protocole national sanitaire indique (ce qui constitue une nouveauté par rapport à la version précédente) que si une capacité de dépistage par test antigénique existe dans l'entreprise, un test peut être réalisé immédiatement par un professionnel autorisé et portant les équipements de protection adaptés. En l'absence d'une possibilité de réaliser le test sur site, la personne doit être invitée à réaliser un test diagnostique le plus rapidement possible, idéalement le jour même.

**d/ Evolution des principes relatifs au port du masque en entreprise** : Il convient de rappeler que le protocole national sanitaire réaffirme l'importance du port du masque de protection anti-covid-19 en entreprise, lequel demeure obligatoire.

ATTENTION : alors que, depuis le 30 août 2021, le protocole national sanitaire précisait que les professionnels intervenant dans les lieux et événements soumis au passe sanitaire pouvaient être dispensés du port du masque, le Décret n°2021-1521 du 25 novembre 2021 rend à nouveau obligatoire en intérieur le port du masque dans les lieux recevant du public même dans les lieux accessibles par le biais d'un passe sanitaire.

## **210/ Quelles sont les prérogatives spécifiques conférées aux pouvoirs publics dans le cadre légal et réglementaire actuel ?**

Le Premier ministre peut prendre certaines mesures sanitaires "de freinage de l'épidémie" comme limiter les déplacements et l'utilisation des transports collectifs (port du masque...), imposer des mesures barrières dans les commerces ou restreindre les réunions et les rassemblements publics.

La loi reporte, concrètement, la caducité des dispositions du Code de la santé publique organisant le régime général d'état d'urgence sanitaire au 31 juillet 2022. Ce régime, créé à titre provisoire en mars 2020, devait initialement cesser le 1er avril 2021. Toutefois, une loi du 15 février 2021 l'a maintenu en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021.

Les pouvoirs publics souhaitent conserver la possibilité de déclarer à nouveau l'état d'urgence sanitaire fin 2021 ou début 2022 en cas de « crise extrême ». Contrairement au régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire, l'état d'urgence sanitaire permet d'instaurer un confinement généralisé de la population ou un couvre-feu, comme ce fut le cas dans plusieurs territoires d'Outre-mer. Toujours en vue de lutter contre l'épidémie, la fin des fichiers «SIDEP» et «Contact Covid » est reportée à juillet 2022.

## **211/ Existe-t-il des mesures restrictives de port du masque obligatoire prévues réglementairement ?**

### **A) Le contenu des mesures restrictives**

Compte tenu de l'amélioration de la situation sanitaire en France, la levée de l'obligation du port du masque dans les transports et l'allègement des règles sanitaires applicables aux déplacements entre les Outre-mer et la métropole ou les pays étrangers ont été annoncés le 11 mai 2022 par les Ministres de la Santé et des Outre-mer.

Le Décret n°2022-807 du 13 mai 2022, publié au Journal Officiel du 14 mai 2022, pose le principe du port du masque obligatoire dans les transports.

Cette levée du port obligatoire du masque concerne tous les modes de transports publics terrestres de voyageurs (métro, bus, tramway, train, petits trains routiers touristiques), l'avion, les navires ou bateaux, les services de transport d'utilité sociale mis en place par des associations pour les personnes ayant un accès limité aux transports publics du fait de leurs revenus ou de leur localisation géographique (article L3133-1 du Code des transports), mais aussi les taxis, les VTC et les véhicules utilisés pour le covoiturage.

Ces mesures sont applicables depuis le 16 mai 2022.

**ATTENTION** : dans un communiqué en date du 12 mai 2022, le Ministère de la Santé a précisé que le port du masque demeurerait recommandé dans les situations de grande promiscuité, dans les lieux clos et mal ventilés, et en particulier en présence de personnes fragiles, ainsi

**que pour les personnes les plus vulnérables, les personnes symptomatiques et les cas positifs jusqu'à 7 jours après leur sortie d'isolement.**

Les entreprises sont donc invitées à la vigilance en matière de gestion du risque lié au covid-19 concernant la gestion de leurs personnels qui se trouveraient dans des situations de vulnérabilité particulière.

**Voir le Décret n°2022-807 du 13 mai 2022 modifiant le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045796219>

**B) Les précisions du Conseil d'Etat concernant l'obligation du port de masques de protection anti-covid-19 en extérieur**

Un particulier a saisi le juge des référés du Conseil d'Etat pour qu'il ordonne la suspension de la décision par laquelle le Premier ministre a donné instruction aux préfets de mettre en œuvre l'obligation de port du masque en extérieur.

Dans une ordonnance de référé du 11 janvier 2022, le Conseil d'Etat, tout en rejetant la requête en suspension de la mesure du Premier Ministre, a cependant posé le cadre et la limite des prérogatives du pouvoir réglementaire dans la mise en place de ce type d'obligation.

Le juge des référés du Conseil d'Etat, a en premier lieu relevé que la possibilité de mettre en œuvre cette obligation était prévue par le décret du 1er juin 2021.

La Haute Juridiction Administrative a ensuite précisé les conditions dans lesquelles une mesure d'obligation de port de masque à l'extérieur pouvait être valable :

- il faut que la situation épidémiologique locale le justifie ;
- le port du masque doit être limité aux lieux et aux heures de forte circulation de population ne permettant pas d'assurer la distanciation physique, ainsi qu'aux lieux où les personnes sont amenées à se regrouper (tels que les marchés, les rassemblements sur la voie publique ou les centres-villes commerçants) ;
- les périodes horaires doivent aussi être appropriées aux risques identifiés.

Le Conseil d'Etat a cependant fait preuve d'une certaine souplesse à l'égard des prérogatives du pouvoir réglementaire en la matière, en admettant que le préfet puisse délimiter des zones d'obligation de port du masque suffisamment larges pour que sa mise en œuvre soit compréhensible et cohérente.

**Voir l'ordonnance de référé du Conseil d'Etat du 11 janvier 2022 :**

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-port-du-masque-ne-peut-etre-impose-en-exterieur-qu-a-certaines-conditions>

**212/ Le non-respect, par un salarié, d'un masque de protection anti-covid-19 en dépit des consignes données par l'entreprise peut-il constituer un motif de licenciement ?**

**A) L'état de la jurisprudence en France**

Bien qu'il n'existe pas de dispositions légales spécifiques à ce sujet, il convient de raisonner par analogie avec les obligations existantes en matière d'équipements de sécurité ainsi que d'analyser cette situation au regard de l'obligation (légale) pesant sur le salarié de prendre soin de sa santé/sécurité et de celle d'autrui.

Il existe, à ce jour, une seule affaire ayant donné lieu à un jugement d'une juridiction judiciaire, à savoir le Conseil de prud'hommes de Bordeaux (qui a rendu un jugement le 5 mai 2021).

Dans l'affaire ayant donné lieu au jugement du Conseil de prud'hommes (CPH) de Bordeaux du 5 mai 2021, un salarié, ouvrier d'une entreprise spécialisée dans le secteur d'activité de la construction, a été licencié pour faute grave pour non-port du masque de protection.

La lettre de licenciement a évoqué deux griefs distincts :

- l'insubordination du salarié résultant du non-respect du port du masque alors même que des consignes explicites et non-équivoques avaient été données aux salariés ;
- la mise en danger de la santé des autres salariés et des tiers par son comportement.

Il doit être relevé, chose quelque peu étrange, que l'entreprise n'a pas souhaité être représentée ni transmettre de documents justifiant de la situation.

La lettre de licenciement, qui évoquait l'existence d'avertissements antérieurs, ne pouvait en conséquence évidemment pas suffire à démontrer leur matérialité, pas plus qu'à établir l'existence de la mise en danger de la vie d'autrui par le fait du non-respect du port du masque.

Le salarié ne contestait pas le non-port du masque, mais indiquait qu'il était contraint de l'enlever au regard de la pénibilité de ses fonctions. Il ajoutait que le lieu de travail ne comportait pas une densité de salariés importante et que les règles de distanciation physique étaient systématiquement respectées.

Le Conseil de prud'hommes a estimé que le comportement du salarié, qui contrevenait au protocole national sanitaire appliqué par l'entreprise, constituait en lui-même un motif de licenciement, mais uniquement une faute simple car la société ne fournissait aucun élément de nature à permettre de caractériser la faute grave.

Il est intéressant de relever que le CPH fait référence aux recommandations du Haut Conseil de la Santé Publique et au protocole national sanitaire, et en conclut ensuite qu'il en résultait une obligation de port du masque (le terme d'obligation est utilisé).

C'est la première fois qu'une juridiction française, même de premier degré, indique explicitement que le protocole national sanitaire comportait des dispositions normatives impliquant des obligations, au sens juridique du terme, à la charge des salariés.

Néanmoins, la juridiction a relevé, dans une partie de son raisonnement, qu'une dérogation au port du masque était possible sous les conditions suivantes :

- en période de conditions climatiques difficiles (en l'espèce des fortes chaleurs) ;
- dans le cadre de conditions de travail difficiles, certainement au sens physique du terme, ce qui renvoie implicitement à la notion de pénibilité ;
- dans un cadre où la densité de salariés travaillant à proximité les uns des autres est limitée ;
- dans un cadre dans lequel la distanciation physique entre les salariés peut être respectée en permanence.

Alors que la juridiction a constaté que le salarié laissait entendre, par les caractéristiques données de son lieu de travail, que les conditions de travail lui permettaient de se situer dans cette dérogation, elle a observé que la société formulait aucune observation en réponse.

Or, ce point est central puisque si le salarié se situait dans la dérogation, il ne pouvait pas être valablement sanctionné pour non-port du masque.

Dès lors, l'absence de tout argumentaire par la société aurait dû être analysé comme ne permettant pas au juge d'exercer son contrôle sur la réalité du manquement reproché au salarié (non-port du masque, certes, mais non port sans justification ou avec justification ?).

Il semble que le CPH aurait donc dû en déduire l'absence pure et simple de cause réelle et sérieuse en raison, non seulement de l'absence de toute production d'élément objectif et matériellement vérifiable par l'entreprise, mais également du fait que cette absence d'élément ne permette même pas de caractériser la faute simple.

Dans le champ du droit de la preuve, le code du travail prévoit que s'agissant de la cause du licenciement, «*si un doute subsiste, il profite au salarié*» (article L1235-1 du Code du travail).

En l'espèce, s'il n'existe pas de doute sur le non-respect du port du masque, il existe un doute sur le fait que le salarié ait pu se trouver dans l'hypothèse dérogatoire évoquée par le jugement lui-même. En l'absence de tout argument de l'entreprise en réponse, cette disposition du Code du travail aurait eu vocation à recevoir application.

Même dans le cadre d'une faute simple, il appartient à l'entreprise d'être en capacité d'appuyer les éléments mentionnés dans la lettre de licenciement par des éléments objectifs, précis et matériellement vérifiables.

## **B) L'état de la jurisprudence dans d'autres Etats européens**

On peut ici en citer deux : l'Allemagne et la Belgique. On trouve en effet deux décisions de tribunaux du travail sur le sujet. La solution a été identique : le licenciement du salarié a été validé.

Il est intéressant de s'attarder sur les raisonnements qui ont conduits à cette solution, car ces raisonnements reposent sur des principes juridiques très similaires, pour ne pas dire identiques, à ceux qui existent en droit français.

**Jurisprudence belge sur le port du masque au travail :** Comme dans les autres Etats européens (et non européens), en Belgique, plusieurs mesures ont été prises par le gouvernement dans le cadre de la pandémie de covid-19, détaillées notamment dans l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus.

Dans une entreprise, ces mesures incluaient l'obligation de porter un masque buccal. L'un des salariés, employé pendant un certain temps en tant qu'intérimaire, puis engagé dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, n'a toutefois pas respecté cette obligation. Il a reçu des injonctions verbales et deux avertissements écrits pour non-port du masque buccal le 29 juillet 2020 et le 30 août 2020. Après de nouvelles constatations le 25 octobre 2020 et le 30 octobre 2020, l'employeur a donc procédé à un licenciement pour faute grave.

Le salarié a contesté le licenciement pour faute grave et a réclamé une indemnité de licenciement et une indemnité pour licenciement «*manifestement déraisonnable*» (l'équivalent d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse en droit français).

Dans son jugement du 11 janvier 2022, le tribunal du travail (section néerlandophone) de Bruxelles a validé le licenciement du salarié en considérant les éléments suivants :

a) il a relevé qu'il était st incontestablement démontré, sur la base des éléments du dossier, que le salarié avait reçu plusieurs avertissements pour non-respect des règles de sécurité, suite au non-port ou au port incorrect du masque buccal.

Selon le tribunal, le salarié n'était donc pas fondé à soutenir qu'il avait toujours porté correctement le masque buccal, qu'il s'agissait d'un désaccord (verbal) ou que le masque buccal descendait à cause de l'épaisseur de sa barbe ou était parfois baissé pour lui permettre de mieux respirer.

b) il a constaté que le salarié avait adopté un comportement contestataire, depuis l'origine, concernant l'obligation de porter le masque. Selon le tribunal, le fait que le salarié fasse valoir qu'il effectue un travail physique demandant des efforts n'était naturellement pas en cause. En revanche, les juges ont relevé que le comportement du salarié visait à contester le principe du port du masque, en dépit des règles instituées par l'entreprise en application des dispositions étatiques :

-il n'avait pas modifié son comportement en dépit des multiples avertissements (verbaux et écrits) de l'employeur ;

-il ne reconnaissait manifestement pas l'importance du port d'un masque buccal, estimant que le port d'un masque buccal n'était pas nécessaire (par exemple parce qu'il se trouve à l'extérieur) et qu'il en minimisait complètement l'importance, en violation de l'obligation applicable.

Le tribunal du travail a insisté sur le fait que l'argumentation du salarié consistant à nier les faits et à minimiser la pertinence du port d'un masque buccal, ceci malgré l'obligation applicable et les instructions données par l'employeur dans le contexte de la pandémie existante, était réellement incompréhensible et inacceptable.

En effet, en agissant de la sorte, le salarié mettait sa propre sécurité en danger ainsi que celle de ses collègues.

c) Le tribunal du travail a également mis en exergue les conséquences économiques (pour l'entreprise) et sociales découlant du non-respect des obligations légales et des contaminations.

d) La juridiction du travail a, enfin, rejeté l'argument du salarié selon lequel il n'aurait pas eu connaissance de la réglementation applicable. En effet, les juges ont constaté que les salariés avaient bel et bien été informés, par le biais de deux avis au personnel (datés du 23 juillet 2020 et du 30 juillet 2020) et de diverses fiches d'information au sein de l'entreprise, que le port d'un masque buccal était obligatoire et que des masques buccaux étaient disponibles gratuitement.

Par conséquent, le tribunal du travail a considéré que le salarié concerné avait violé, de manière répétée et durant une courte période, les instructions applicables concernant les règles de sécurité sanitaire à respecter.

Selon le tribunal du travail, l'attitude (persistante) du salarié était de nature à rompre immédiatement et définitivement la confiance placée dans la relation de travail. Par conséquent, le licenciement pour faute grave se trouvait justifié et aucune indemnité de licenciement ou indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable n'était due.

**Le refus persistant du respect des consignes de sécurité et, en particulier, du port du masque buccal pouvait donc effectivement être considéré comme une faute grave.**

**Source : Tribunal du travail de Bruxelles (section néerlandophone), 11 janvier 2022, R.G. n° 21/338/A.**

**Jurisprudence allemande sur le port du masque au travail :** En Allemagne, un litige a opposé une entreprise allemande à un de ses salariés employé comme technicien de service itinérant.

Il a donné lieu à un jugement du **Tribunal du travail de Cologne en date du 17 juin 2021.**

En raison de la pandémie, l'employeur avait demandé en 2020 à tous ses techniciens de service de porter une protection couvrant la bouche et le nez lorsqu'ils se rendaient chez des clients. En décembre 2020, le salarié en question a refusé d'intervenir auprès d'un client qui insistait spécifiquement pour le port du masque.

Le salarié a ensuite présenté à son employeur un certificat médical établi sur papier libre dès le mois de juin 2020, sur lequel on pouvait lire que pour des raisons médicales, il ne pouvait porter un masque non chirurgical ou une protection couvrant la bouche et le nez comparable au sens de l'ordonnance sur les mesures de lutte contre l'expansion du SARS COV-2.

L'employeur n'a pas accepté ce certificat et a continué à exiger que le salarié porte une protection couvrant la bouche et le nez. L'entreprise a informé le technicien de service qu'elle ne pouvait pas accepter le certificat médical car il ne contenait aucune information concrète.

Par ailleurs, conformément aux dispositions légales applicables, l'employeur a continué à proposer au salarié de prendre en charge le coût des masques chirurgicaux. Cependant, le salarié a continué à refuser de se rendre chez le client, à la suite de quoi l'employeur lui a adressé un avertissement.

Malgré l'avertissement, le technicien a explicitement déclaré à son employeur qu'il n'effectuerait la mission pour le client uniquement s'il ne devait pas porter de masque. En conséquence, l'employeur a licencié le salarié pour faute grave (sans préavis).

Le salarié a alors saisi le tribunal du travail. Mais celui-ci a jugé que le licenciement était justifié. Les juges ont constaté que le salarié avait violé à plusieurs reprises ses obligations contractuelles en refusant obstinément de porter, pour intervenir auprès du client, la protection couvrant la bouche et le nez demandée par l'employeur et exigée par le client.

Selon le tribunal, le certificat médical présenté ne justifiait en rien ce refus. Il n'était ni actuel ni pertinent. Outre le fait qu'il n'était pas actuel, le certificat ne mentionnait pas de diagnostic concret d'un état pathologique, et ne pouvait donc justifier une exemption de l'obligation de port du masque pour des raisons de santé.

En outre, le tribunal a exprimé des doutes quant au sérieux des raisons médicales invoquées par le salarié, étant donné que celui-ci avait qualifié le masque de « *chiffon à morve* » et qu'il n'avait pas donné suite à l'offre d'un examen par la médecine du travail.

**Source : Tribunal du travail de Cologne, 17 juin 2021, 12 Ca 450/21, FD-ArbR 2021, 440143).**