

Passé sanitaire et obligation vaccinale dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS)

Ce livre blanc est issu d'un webinaire organisé par le magazine Direction[s] et le cabinet Picard avocats le 6 septembre 2021. Il décrypte le champ d'application de l'obligation vaccinale et du passe sanitaire dans les ESSMS, leurs modalités de contrôle et leurs impacts sur les relations de travail.

SOMMAIRE

1. Champ d'application du passe sanitaire et de l'obligation vaccinale	3
1.1. Champ d'application passe sanitaire	3
> <i>Éducateurs appelés à se déplacer dans des lieux soumis passe sanitaire</i>	3
> <i>Ateliers et chantiers d'insertion et travailleurs handicapés d'ESAT</i>	3
1.2. Champ d'application de l'obligation vaccinale	4
> <i>L'obligation vaccinale des professionnels de santé et des psychologues exerçant dans le secteur de la protection de l'enfance</i>	4
> <i>Les personnels travaillant dans les mêmes locaux que les psychologues et professionnels de santé</i>	5
> <i>Le cas des structures mixtes</i>	6
> <i>Les sièges et les directions administratives</i>	6
> <i>Les taxis ou prestataires de transport conventionnés</i>	6
2. Les modalités de réalisation des contrôles	7
2.1. Justificatifs acceptés	7
> <i>Passe sanitaire</i>	7
> <i>Obligation vaccinale</i>	7
2.2. Qui doit contrôler le passe sanitaire ?	8
2.3. Qui doit contrôler l'obligation vaccinale ?	8
2.4. Distinction entre personne habilitée et personne responsable	9
2.5. Est-il possible de simplifier le contrôle ?	10
2.6. Quelle(s) autorités sont compétentes pour contrôler les employeurs et établissements ?	12
3. Les conséquences sur les relations de travail	12
3.1. Comment notifier la suspension du contrat de travail du salarié ?	12
3.2. Outre l'interruption de la rémunération, quelles sont les conséquences de la suspension du contrat de travail du salarié ?	13
> <i>Concernant le défaut de vaccination obligatoire</i>	13
> <i>Concernant le défaut de passe sanitaire</i>	13
3.3. Le salarié peut-il exiger d'être placé en télétravail ?	14
3.4. Le salarié pourrait-il invoquer son droit de retrait ?	14
3.5. Le salarié dont le contrat est suspendu a-t-il le droit de travailler pour un autre employeur ?	15
3.6. Le défaut de passe sanitaire ou de vaccination obligatoire peut-il entraîner la rupture du contrat de travail du salarié ?	15
> <i>Salariés en CDI</i>	15
> <i>Salariés en CDD</i>	16
3.7. La suspension d'activité notifiée à un salarié protégé nécessite-t-elle une procédure devant l'inspection du travail ?	16
3.8. Un représentant du personnel peut-il continuer à utiliser ses heures de délégation et à venir en réunion du CSE en présentiel ?	16
3.9. Le salarié pourra-t-il produire un arrêt maladie pour bénéficier d'un maintien de sa rémunération ?	17

1. Champ d'application du passe sanitaire et de l'obligation vaccinale

1.1. Champ d'application passe sanitaire

Cadre. – Depuis le 30 août 2021, le passe sanitaire est applicable aux salariés, agents publics, bénévoles et aux autres personnes qui interviennent dans les lieux, établissements, services ou événements listés par l'article 47-1 du décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 modifié, 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.

Il y a donc **deux critères cumulatifs** pour que le passe sanitaire soit applicable aux personnels exerçant leur activité au sein d'une structure :

- (1) L'établissement doit figurer dans la liste réglementaire ;
- (2) L'activité des personnels concernés doit s'effectuer dans les espaces et aux heures où ils sont accessibles au public.

Ces critères **obligatoires** : il n'est pas possible, par simplicité ou par souci d'équité, d'étendre ou de restreindre le passe sanitaire à des structures ou personnes qui n'y sont pas soumises. En effet, la loi prévoit clairement que « *nul ne peut exiger d'une personne la présentation* » du passe sanitaire en dehors des cas limitativement prévus, sous peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende ⁽¹⁾.

Exemples d'application. -

• **Éducateurs appelés à se déplacer dans des lieux soumis passe sanitaire**

Les établissements sociaux de protection de l'enfance entraient initialement dans le champ d'application réglementaire du passe sanitaire, le décret du 7 août 2021 visant très largement « *Les services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux* ». Néanmoins, différentes communications du ministère des Solidarités et de la Santé sont venues préciser – jusqu'alors sans fondement – que les établissements sociaux ne seraient pas soumis au passe sanitaire.

Face à cette cacophonie, un décret n° 2021-1118 du 26 août, entré en vigueur le 28 août, est venu expressément restreindre le champ d'application du passe sanitaire aux « *services et établissements médico-sociaux mentionnés aux 2°, 3°, 5°, 6°, 7°, 9° et 12° du I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles* ». Par conséquent, les établissements sociaux, notamment en protection de l'enfance, ne sont plus soumis au passe sanitaire.

Néanmoins, si un salarié d'un tel établissement est amené à exercer sa prestation de travail au sein d'un lieu dont l'accès est soumis à la présentation du passe sanitaire, il sera tenu de présenter à l'entrée de cet établissement l'un des justificatifs requis. Il en va notamment ainsi d'un éducateur accompagnant des enfants lors d'activités extérieures.

• **Ateliers et chantiers d'insertion et travailleurs handicapés d'ESAT**

Si un **salarié en insertion** (CDDI ou CUI) est amené à exercer sa prestation de travail ou une période de mise en situation professionnelle au sein d'une structure dont l'accès est soumis à la présentation du passe sanitaire, il devra, comme toute autre personne « *qui intervient* » dans ce lieu, présenter l'un des justificatifs requis.

À noter que selon une stricte lecture des textes, aucune distinction n'est opérée selon que les « lieux » en question se situent en intérieur ou en extérieur. D'ailleurs, sont notamment concernés par le passe sanitaire les « établissements de plein air, relevant du type PA, dont l'accès fait habituellement l'objet d'un contrôle » (terrains de sport, stades, etc.) ou encore les terrasses de restaurant. Il en irait donc de même, par exemple, pour les espaces verts d'une structure soumise au passe sanitaire : le travailleur devrait présenter l'un des justificatifs requis dès lors que son activité se déroule au sein des espaces et aux heures où ils sont accessibles au public.

Il devrait en être de même pour les **travailleurs handicapés d'ESAT** qui ne sont pas soumis à l'obligation vaccinale, mais qui doivent présenter un passe sanitaire s'ils réalisent leur pres-

tation en extérieur au sein d'un établissement dont l'entrée est subordonnée à la présentation du passe sanitaire.

1.2. Champ d'application de l'obligation vaccinale

Cadre. - Le champ d'application de l'obligation vaccinale est fixé par l'article 12 de la loi du 5 août 2021, lequel vise notamment :

- Les personnes **exerçant leur activité dans** les établissements et services sociaux et médico-sociaux mentionnés aux 2°, 3°, 5°, 6°, 7°, 9° et 12° du I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, à l'exception des travailleurs handicapés accompagnés dans le cadre d'un contrat de soutien et d'aide par le travail ;

- Les **professionnels de santé** mentionnés à la quatrième partie du code de la santé publique (médecins, infirmiers, pharmaciens, sages-femmes...) ainsi que ceux faisant usage du titre de **psychologue**, d'ostéopathe ou de chiropracteur, de psychothérapeute ;

- Les **étudiants ou élèves** des établissements préparant à l'exercice des professions précitées ;

- Les **personnes travaillant dans les mêmes locaux que les professionnels précités.**

En revanche, l'obligation vaccinale **ne s'applique pas aux personnes chargées de l'exécution d'une tâche ponctuelle** au sein des locaux dans lesquels les personnes précitées exercent ou travaillent.

Les autorités ont apporté les précisions suivantes sur cette notion de « tâche ponctuelle » :

- Le ministère du Travail ⁽²⁾ précise qu'il s'agit d'« *une intervention très brève et non récurrente. Elle n'est pas liée à l'activité normale et permanente de l'entreprise.* » Ces professionnels ne sont pas considérés comme « *intégrés dans le collectif de travail et n'exercent pas leur activité en lien avec le public* » ;

- La Direction Générale de la Cohésion Sociale (DGCS) ⁽³⁾ précise qu'une tâche ponctuelle est une « *tâche spécifique, courte ou non planifiée* ».

Exemples d'application. -

• **L'obligation vaccinale des professionnels de santé et des psychologues exerçant dans le secteur de la protection de l'enfance**

L'article 12 de la loi du 5 août 2021 est clair : **doivent** être vaccinés les professionnels de santé ainsi que les personnes faisant usage du titre de psychologue.

Néanmoins, le ministère des Solidarités et de la Santé ⁽⁴⁾ est venu apporter les précisions suivantes :

« *Ne sont pas concernés par l'obligation vaccinale les professionnels d'établissements et services de protection de l'enfance, même lorsqu'ils sont professionnels de santé, dès lors qu'ils ne réalisent pas d'actes de soin médical ou paramédical dans le cadre de leur exercice professionnel habituel.*

L'obligation vaccinale s'applique uniquement aux professionnels de santé de l'établissement qui réalisent de tels actes ainsi qu'aux personnels travaillant au côté de ces professionnels (secrétariat médical par exemple).

S'agissant plus précisément des psychologues intervenant en protection de l'enfance, ceux d'entre eux qui assurent des missions d'évaluation (IP, MNA, agrément As Fam / adoption, supervision des équipes, etc.) ne sont pas soumis à l'obligation vaccinale. Sont cependant concernés par la vaccination, les psychologues assurant un suivi psychologique d'un enfant.

L'ensemble des professionnels est toutefois fortement encouragé à se faire vacciner. »

Dans une communication du 9 septembre 2021 ⁽⁵⁾, a été diffusée une nouvelle fiche qui « actualise les bonnes pratiques que le ministère des Solidarités et de la Santé recommande de mettre en œuvre pour l'exercice des missions d'aide sociale à l'enfance (ASE). »

« **Les professionnels de santé** notamment les infirmiers sont soumis à l'obligation vaccinale, dès lors qu'ils réalisent au sein de la structure une activité de prévention, de diagnostic ou de soins dans le cadre de leur exercice professionnel habituel. [...]

Les **professionnels de santé** qui n'exercent pas une de ces activités dans un établissement (MECS, foyer, etc.) ne sont pas soumis à l'obligation vaccinale. De la même manière, les **auxiliaires de puéricultures d'une pouponnière** n'y sont pas soumis.

Les **psychologues** sont soumis à l'obligation vaccinale dès lors qu'ils réalisent des **entretiens individuels avec des mineurs** confiés dans le cadre de leur exercice professionnel habituel. [...] Ne sont pas concernés par l'obligation vaccinale les psychologues qui, au sein des services et établissements de la protection de l'enfance, assurent des **missions d'évaluation et de supervision des équipes et des assistants familiaux**. [...] »

Or, pour les professionnels de santé comme pour les psychologues, la loi n'opère aucune distinction selon la nature des actes pratiqués.

Face à ces contradictions, un certain nombre de structures du secteur de la protection de l'enfance ont fait le choix d'exclure les psychologues de l'obligation vaccinale dès lors qu'au regard de leur fiche de poste, ils n'assurent que des missions d'évaluation (agrément des assistants familiaux, évaluation de la minorité, supervision des équipes, etc.) mais pas de suivi psychologique des enfants.

Aussi, différentes fédérations patronales recommandent aux organismes gestionnaires de se rapprocher de leur ARS sur le sujet, dans la mesure où sont compétentes pour procéder au contrôle du respect de l'obligation vaccinale les personnels de l'ARS désignés à cet effet par le directeur de cette dernière.

• **Les personnels travaillant dans les mêmes locaux que les psychologues et professionnels de santé**

Les dispositions réglementaires précisent que « Les locaux mentionnés au 4° du I de l'article 12 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 susvisée sont les **espaces dédiés à titre principal à l'exercice de l'activité des professionnels** mentionnés au 2° et des personnes mentionnées au 3° du même I **ainsi que ceux où sont assurées, en leur présence régulière,**

les activités accessoires, notamment administratives, qui en sont indissociables. »

Différentes communications des autorités ont également apporté des précisions sur l'appréciation de ces locaux :

- La DGCS ⁽⁶⁾ précise qu'il convient « de considérer que sont les "mêmes locaux" ceux où les professionnels de santé exercent effectivement leur activité professionnelle ainsi que ceux, où sont assurées en leur présence régulière, les activités accessoires notamment administratives, qui en sont indissociables. Sont par exemple concernées les secrétaires médicales travaillant au contact direct du professionnel et des patients » ;

- Le 9 septembre 2021, le ministère des Solidarités et de la Santé ⁽⁷⁾ a récemment précisé que s'agissant de l'obligation vaccinale des professionnels de santé, « Les autres personnels qui travaillent auprès d'eux pour une activité indissociable (dans le même espace dédié aux soins) y sont soumis également ». La même formulation est reprise pour les psychologues : « Les autres personnels qui travaillent auprès d'eux pour une **activité indissociable (dans le même espace dédié aux soins)** y sont soumis également » mais « Lorsque le psychologue participe à une activité collective en direction des mineurs dans les **parties collectives de l'établissement ou du service (salle à manger, espace de loisir, etc.)**, les autres personnels présents ne sont pas soumis à l'obligation vaccinale » ;

- Le ministère de la Transformation et de la Fonction Publiques ⁽⁸⁾ confirme qu'« Un professionnel exerçant une tâche ponctuelle dans les locaux où travaillent ces agents, ou exerçant dans le même service mais pas dans **leur espace dédié** n'est donc pas inclus dans l'obligation vaccinale ».

Dans l'attente d'éventuels contrôles ou de précisions apportées par la jurisprudence, il appartient aux organismes gestionnaires d'effectuer une « balance des risques » pour permettre d'évaluer, au cas par cas, l'application de l'obligation vaccinale aux personnes travaillant aux côtés de professionnels assujettis.

Sur le plan pénal, la méconnaissance, par l'employeur, de la responsabilité de contrôler le respect de l'obligation vaccinale est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, c'est-à-dire 1 500 € pour une personne physique et 7 500 € pour une personne morale. La verbalisation à plus de trois reprises, dans un délai de 30 jours, est sanctionnée d'un an d'emprisonnement et de 9 000 € d'amende, là encore quintuplée pour une personne morale (article 16, II).

Sur le plan prud'homal, le risque premier est celui de la contestation immédiate, le cas échéant en référé, d'un salarié dont le contrat aurait été suspendu avec suspension corrélative de la rémunération. Un autre risque est celui d'une potentielle action au titre du manquement à l'obligation de sécurité que pourraient invoquer les salariés qui estimeraient que les psychologues et ceux travaillant à leurs côtés auraient dû être vaccinés, surtout dans une structure non soumise au passe sanitaire.

• **Le cas des structures mixtes**

Selon les indications de la DGCS, pour les structures « mixtes » (ex : LHSS / CHRS), l'ensemble des personnes intervenant dans les lieux devra être vacciné. Le ministère des solidarités précise ⁽⁹⁾ :

« [...] Quand une structure autorisée réalise plusieurs activités dont certaines n'entrent pas dans le champ de l'obligation vaccinale, les salariés affectés exclusivement aux activités non soumises à l'obligation vaccinale ne sont pas soumis à cette obligation. C'est le cas par exemple des associations d'aide à domicile exerçant une activité d'accompagnement des personnes âgées ou handicapées, soumises à autorisation, et une activité de service à la personne de droit commun.

Les structures doivent veiller à ce que les salariés non soumis à l'obligation vaccinale ne soient pas au contact des salariés soumis à l'obligation vaccinale ou du public accompagné par les salariés soumis à l'obligation vaccinale du fait de l'organisation du travail ou des locaux. »

Le Ministère semble ici poser un **critère d'« étanchéité »** entre les activités, leurs locaux et personnels affectés. Par conséquent, un salarié (par exemple agent d'entretien ou de maintenance) exerçant son activité dans une structure mixte devrait être soumis à l'obligation vaccinale, sauf si :

- Les locaux dédiés à chaque « activité / structure » sont totalement « étanches » (étant rappelé que cette interprétation résulte des précisions administratives et non de la loi elle-même) : s'agissant par exemple des locaux d'une cuisine centrale intégrés dans une structure mixte CHRS / LHSS, il faudrait que les personnels travaillant en cuisine ne soient jamais en contact avec les autres salariés / locaux (y compris pour ce qui est de l'entrée, de l'accès aux sanitaires, de la salle de pause, etc.);
- Ou s'il est établi que le salarié n'exécute qu'une tâche ponctuelle dans les locaux (v. supra).

• **Les sièges et les directions administratives**

La logique d'« étanchéité » est ici la même pour les salariés des sièges. Par principe, ces personnels ne sont pas soumis à l'obligation vaccinale. Il en va toutefois autrement si le siège est situé dans les mêmes locaux qu'un ESMS soumis à cette obligation, ce que confirme le ministère des Solidarités et de la Santé.

• **Les taxis ou prestataires de transport conventionnés**

Ils n'exercent pas leur activité **dans** un établissement soumis à obligation vaccinale. Mais l'article 12 de la loi précise que doivent également être vaccinées les personnes exerçant l'activité de transport sanitaire mentionnée à l'article L. 6312-1 du code de la santé publique ⁽¹⁰⁾ 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. Par conséquent, si le prestataire n'entre pas dans le champ d'application de ces dispositions, il n'est pas soumis à l'obligation vaccinale.

En revanche, les personnes qui assurent le transport des usagers accueillis seront soumises au passe sanitaire dès lors qu'elles les

accompagnent au sein de la structure. À cet égard, le ministère des Solidarités et de la Santé indique :

« [...] L'utilisateur pourra être soumis au contrôle de son "pass sanitaire" à son arrivée au sein d'un établissement de santé, médico-social ou d'un ERP. Il en est de même pour le transporteur sanitaire ou le taxi conventionné **s'il accompagne l'utilisateur au sein de l'établissement concerné.** »

La question n'est pas tranchée lorsque le transporteur ne reste que sur le parking de la structure. En effet, le décret prévoit que le passe sanitaire est exigé « *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* », ce qui peut être théoriquement le cas d'un parking.

En revanche, aucun passe sanitaire ne peut être exigé lorsque le prestataire de transport accompagne ou va récupérer l'utilisateur à son domicile.

2. Les modalités de réalisation des contrôles

2.1. Justificatifs acceptés

■ **Passe sanitaire**

Pour exercer son activité professionnelle, le salarié doit présenter l'un des documents suivants :

- Un résultat négatif d'un examen de dépistage virologique à la covid-19 négatif de moins de 72 heures : test PCR, test antigénique ou autotest supervisé par un professionnel de santé ;
- Un justificatif attestant d'un statut vaccinal complet (Janssen : 28 jours après l'administration d'une dose ; autres vaccins : 7 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) ;
- Un certificat de rétablissement, délivré sur présentation d'un document mentionnant un résultat positif à un test PCR ou à un test antigénique devant dater d'au moins 11 jours et d'au plus 6 mois ;

- Ou un certificat médical de contre-indication à la vaccination (l'employeur ne pouvant pas vérifier le bien-fondé d'un tel certificat puisqu'il repose sur des éléments de nature médicale).

Points de vigilance :

- Le salarié présentant un certificat médical de contre-indication à la vaccination n'a pas à effectuer un test toutes les 72 heures : ce certificat médical « fait office » de passe sanitaire ainsi que de dérogation à l'obligation vaccinale. En revanche, le certificat médical de contre-indication peut être à durée déterminée, auquel cas le salarié devra, à son expiration, présenter un certificat vaccinal complet ou un nouveau certificat de contre-indication médicale ;
- Ne sont pas valables les tests sérologiques, les autotests non réalisés sous supervision d'un professionnel de santé, ou encore les diverses attestations sur l'honneur...

■ **Obligation vaccinale**

L'obligation vaccinale est entrée en vigueur le 7 août 2021. Néanmoins, l'article 14 de la loi du 5 août 2021 a prévu une **période transitoire** afin de permettre temporairement aux professionnels concernés de continuer à exercer leur activité sous réserve de la présentation de certains justificatifs :

- Du 7 août au 14 septembre inclus, l'un des documents relevant du passe sanitaire (v. supra) ;
- À compter du 15 septembre 2021 et jusqu'au 15 octobre 2021, soit un certificat attestant d'un schéma vaccinal complet, soit un certificat de rétablissement en cours de validité, soit un justificatif de l'administration d'au moins une des doses d'un des schémas vaccinaux accompagné du résultat négatif d'un examen de dépistage virologique à la covid-19 de moins de 72 heures, soit une attestation de contre-indication médicale à la vaccination ;
- À compter du 16 octobre 2021, soit un certificat de statut vaccinal attestant d'un schéma vaccinal complet, soit un certificat de rétablissement, soit une attestation de contre-indication médicale à la vaccination contre la covid-19.

2.2. Qui doit contrôler le passe sanitaire ?

Seul le **responsable de l'établissement concerné** par le passe est habilité à procéder au contrôle.

Ce n'est donc **pas forcément l'employeur**, en particulier pour les personnes amenées à exercer en tout ou partie leur prestation de travail à l'extérieur. En revanche, c'est bien l'employeur qui est tenu de notifier la suspension du contrat de travail du salarié ne présentant pas les justificatifs requis.

Le responsable d'établissement peut lui-même habilitier des personnes placées sous sa responsabilité pour procéder au contrôle, ce qui est prévu par le décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 modifié : « *Les personnes mentionnées aux 1° à 3° du présent II **habilitent nommément les personnes et services autorisés à contrôler les justificatifs pour leur compte, (...) Elles tiennent un registre détaillant les personnes et services ainsi habilités et la date de leur habilitation, ainsi que les jours et horaires des contrôles effectués par ces personnes et services. [...]** ».*

La Direction Générale du Travail ⁽¹¹⁾ rappelle ces dispositions :

« Les responsables des lieux et établissements ou les organisateurs des événements dont l'accès est subordonné à la présentation du pass sanitaire sont autorisés à contrôler les justificatifs. Ils doivent habilitier nommément les personnes autorisées à contrôler les justificatifs pour leur compte. Ils doivent également tenir un registre détaillant les personnes ainsi habilitées et la date de leur habilitation, ainsi que les jours et horaires des contrôles effectués par ces personnes.

Les personnes habilitées contrôlent le pass du public à l'entrée en scannant le QR Code présent sur les documents numériques ou papier, au moyen de l'application mobile dénommée "TousAntiCovid Vérif".

Cette application permet à ces personnes de lire les noms, prénoms et date de naissance de la personne concernée par le justificatif, ainsi que le statut valide ou non du pass. »

Ainsi, pour le passe sanitaire, il convient d'élaborer **deux documents distincts** :

- **Un document d'habilitation** des personnes autorisées à procéder au contrôle du passe : pas nécessairement individuel et sans formalisme obligatoire, le document devant nommément désigner les personnes concernées (il pourrait éventuellement être opportun de rappeler dans ce document les modalités du contrôle : documents demandés, confidentialité / règles RGPD...);

- **Un registre** : faute de précision contraire pour le moment, il pourrait s'agir d'un document numérique (Excel par exemple) ou papier, comprenant sous forme de tableau les prénoms, noms et fonctions des personnes habilitées, la date de leur habilitation (date du document d'habilitation visé ci-avant) ainsi que les jours et heures des contrôles effectués par eux. Attention, en présence d'un support numérique, à bien conserver une trace datée du document et de ses modifications.

2.3. Qui doit contrôler l'obligation vaccinale ?

Cadre. - S'agissant du contrôle de l'obligation vaccinale, l'article 13 de la loi du 5 août prévoit que « **Les employeurs** sont chargés de contrôler le respect de l'obligation prévue au I de l'article 12 **par les personnes placées sous leur responsabilité.** »

Contrairement au passe sanitaire, pour l'obligation vaccinale la loi n'indique pas explicitement que l'employeur doit « *désigner la personne habilitée* », mais prévoit un contrôle « *par les personnes placées sous leur responsabilité* », ce qui implique nécessairement que ces personnes soient désignées (sans qu'un registre n'ait à être tenu).

La différence de formulation réside probablement dans le fait que le passe sanitaire concerne les salariés mais aussi - et en premier lieu - le public, tandis que l'obligation vaccinale ne concerne que les personnes exerçant leur activité dans l'établissement et non le public.

À noter également que le ministère des Solidarités et de la Santé précise que l'employeur

peut déléguer sa responsabilité de contrôle de l'obligation vaccinale « dans les établissements de plus de 2 000 salariés/agents », alors que ce seuil ne résulte d'aucun texte.

Exemples d'application. – Les enseignants de l'éducation nationale mis à disposition dans des ESSMS.

Récemment, l'ARS Normandie a indiqué que « Les FAQ dont celle de l'Éducation Nationale précisent qu'il revient aux directeurs des ESMS de procéder à cette vérification du statut vaccinal des enseignants mis à disposition et d'informer la direction académique de toute difficulté. Nous vous invitons à informer également vos interlocuteurs habituels de l'ARS. »

Pourtant, dès lors qu'ils ne sont pas liés à l'Association par contrat de travail mais seulement mis à disposition, **leur employeur reste l'État qui est donc tenu de procéder à cette vérification** et d'informer la structure du respect, par l'enseignant, de son obligation vaccinale.

Le Ministère ⁽¹²⁾ confirme que « Les employeurs sont chargés de contrôler le respect de l'obligation vaccinale par les personnes placées sous leur responsabilité, y compris pour les agents publics ».

À cet égard, un parallèle pourrait être fait avec la **situation des intérimaires**, pour lesquels le ministère du Travail ⁽¹³⁾ précise que :

« (...) s'agissant des personnels intérimaires ayant vocation à être mis à disposition dans les entreprises utilisatrices des secteurs où la vaccination serait obligatoire, **l'entreprise de travail temporaire [et non l'entreprise utilisatrice] doit s'engager à mettre à disposition auprès de l'entreprise utilisatrice un salarié temporaire répondant à l'obligation légale de vaccination.**

À cette fin, **elle doit informer les salariés intérimaires concernés de cette obligation et appeler leur attention sur les conséquences quant à la poursuite de la relation contractuelle pour tout salarié qui signerait un contrat de travail temporaire ou une lettre de mission en sachant qu'il ne serait pas en mesure de remplir l'obligation le premier jour de la mission. Dès lors que le contrat de**

mission est exécuté, une entreprise de travail temporaire peut demander aux salariés intérimaires concernés par l'obligation vaccinale ou le passe sanitaire la présentation d'un des justificatifs requis pour l'exécution de la mission.

En tout état de cause, le contrat de mission peut être suspendu dans les mêmes conditions que le contrat de travail à durée indéterminée. 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. Un autre contrat de mission est établi avec le nouveau salarié. »

En pratique, ce contrôle par l'Éducation nationale se révèle néanmoins compliqué, tant parce que les enseignants ne sont pas, de par leur profession, soumis à l'obligation vaccinale (ils ne le sont que lorsqu'ils exercent dans des ESMS assujettis) que compte tenu du délai très court voire inexistant entre les retours de congés et la rentrée.

2.4 Distinction entre personne habilitée et personne responsable

Être habilité à procéder aux contrôles ne signifie pas être responsable sur le plan pénal. Ainsi, concernant la formalisation de la désignation des personnes habilitées à procéder aux différents contrôles (qu'il s'agisse du passe sanitaire ou de l'obligation vaccinale), la structure doit **se poser deux questions :**

■ **Qui elle souhaite habiliter pour procéder aux contrôles :** en pratique et en toute logique, le passe sanitaire devrait être contrôlé par une personne en mesure d'être présente à l'entrée de la structure ; tandis que l'obligation vaccinale (qui n'a vocation à être contrôlée qu'une fois par salarié ayant un schéma vaccinal complet) serait plutôt contrôlée par le directeur d'établissement ou un CDS.

Pour procéder à la désignation de la personne habilitée, il n'est pas nécessaire de formaliser une délégation de pouvoir. Un document plus « simple » ayant vocation à s'appliquer dans tous les établissements, rappelant le mode de fonctionnement des contrôles (passe sanitaire

et obligation vaccinale) et les obligations afférentes, peut suffire. Il peut mais n'a pas obligatoirement à être signé par le salarié habilité puisqu'il s'agit de la mise en œuvre du pouvoir de direction de l'employeur.

À cet égard, les principes habituels du droit du travail demeurent applicables : si un salarié pourrait tenter d'invoquer le fait que cette nouvelle tâche ne relève pas de ses fonctions, l'employeur pourrait arguer du caractère temporaire de cette mission de contrôle (à tout le moins pour le passe sanitaire), motivée par l'intérêt de l'entreprise et justifiée par des circonstances exceptionnelles ⁽¹⁴⁾.

Pour mémoire également, ce sujet relève de l'information sans délai du CSE et, a posteriori, de sa consultation ⁽¹⁵⁾.

■ **Qui est responsable pénalement en cas de manquement commis dans le contrôle afférent au passe sanitaire ou à l'obligation vaccinale :** pour cela et selon que la délégation existante couvre ou non ce périmètre (mise en œuvre des règles de sécurité, contrôle des vaccins obligatoires...), une délégation de pouvoir devrait être formalisée et acceptée.

Pour le passe sanitaire toutefois, l'article 1^{er} du décret du 7 août précise que les responsables des lieux, établissements et services « *habilitent nommément les personnes et services autorisés à contrôler les justificatifs pour leur compte, selon les modalités décrites au III du présent article. Elles tiennent un registre détaillant les personnes et services ainsi habilités et la date de leur habilitation, ainsi que les jours et horaires des contrôles effectués par ces personnes et services. [...]* ». Il pourrait donc être défendu que de par ces dispositions, le responsable pénalement en matière de passe sanitaire est bien le directeur de l'établissement, indépendamment de sa délégation de pouvoir.

À titre d'illustration, le schéma pourrait être le suivant pour une structure soumise à l'obligation vaccinale et au passe sanitaire : le directeur d'établissement est habilité pour contrôler le respect de l'obligation vaccinale et délégataire de pouvoir, tandis que l'agent d'accueil est ha-

bilité pour contrôler les passes sanitaires des visiteurs, sans être pénalement responsable.

2.5. Est-il possible de simplifier le contrôle ?

Il est en effet possible de simplifier le contrôle des salariés disposant d'un schéma vaccinal complet.

Pour les personnels soumis à l'**obligation vaccinale**, la loi du 5 août prévoit que :

« *IV. - **Les employeurs et les agences régionales de santé peuvent conserver les résultats des vérifications de satisfaction à l'obligation vaccinale contre la covid-19 opérées en application du deuxième alinéa du II, jusqu'à la fin de l'obligation vaccinale.***

Les employeurs et les agences régionales de santé s'assurent de la conservation sécurisée de ces documents et, à la fin de l'obligation vaccinale [pour le moment, cette date n'est pas connue], de la bonne destruction de ces derniers. »

Pour les personnels soumis au **passe sanitaire**, des dispositions similaires sont prévues :

« *Par dérogation au dernier alinéa du même B, les professionnels mentionnés au 2° du A du présent II **peuvent** présenter à leur employeur leur justificatif de statut vaccinal sous une forme ne permettant d'identifier que la nature de celui-ci et l'information selon laquelle le schéma vaccinal de la personne est complet. **L'employeur est alors autorisé, par dérogation au premier alinéa du présent E, à conserver, jusqu'à la fin de la période [pour le moment, 15 novembre 2021] prévue au premier alinéa du A, le résultat de la vérification opérée et à délivrer, le cas échéant, un titre spécifique permettant une vérification simplifiée.*** »

Cette faculté de conservation répond à la logique suivante :

- concernant l'obligation vaccinale, l'employeur ne va pas contrôler tous les jours son respect puisqu'une fois le schéma vaccinal complet, cette obligation est remplie ;
- concernant le passe sanitaire, l'employeur n'est pas censé savoir à quel titre le salarié le détient (schéma vaccinal complet, test, certificat

de rétablissement ou de contre-indication à la vaccination). En conséquence, il est censé opérer un contrôle à chaque fois que la personne entre dans la structure, et cela même plusieurs fois par jour puisque la validité d'un test est de 72 heures et peut donc prendre fin en cours de journée. Néanmoins, si le salarié dispose d'un schéma vaccinal complet et uniquement s'il le souhaite, il peut en informer son employeur pour que son contrôle soit simplifié.

Attention, tant s'agissant de l'obligation vaccinale que du passe sanitaire, il s'agit bien de ne conserver que le résultat du contrôle et non le justificatif lui-même.

L'amendement n° 796 / 797 du projet de loi, adopté le 23 juillet, indiquait d'ailleurs « *le III remplace la possibilité de conservation de justificatifs - qui relèvent de données médicales - par la conservation d'un relevé des résultats des vérifications opérées par les ARS et les employeurs du respect de l'obligation de vaccination par les personnes concernées* ».

Le ministère du Travail confirme également que ⁽¹⁶⁾:

« Pour les salariés soumis à l'obligation vaccinale, la loi autorise l'employeur, ou l'agence régionale de santé compétente le cas échéant, à conserver le résultat du contrôle du justificatif de statut vaccinal.

Les salariés soumis au pass sanitaire peuvent présenter à leur employeur leur justificatif de statut vaccinal complet. Dans ce cas, l'employeur peut conserver le résultat du contrôle opéré et délivrer, le cas échéant, un titre spécifique permettant ensuite une vérification simplifiée.

Attention : l'employeur ne peut pas conserver le justificatif. Autrement dit, l'employeur ne peut pas conserver le QR code mais uniquement le résultat de l'opération de vérification c'est-à-dire l'information selon laquelle le pass est valide ou non.

Les informations ainsi collectées sont des données à caractère personnel soumises au Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD).

Sur la mise en conformité du traitement avec le RGPD : <https://www.cnil.fr/fr/quelles-formalites-pour-les-traitements-de-donnees-de-sante-caractere-personnel>. »

En pratique, tant pour l'obligation vaccinale que pour le passe sanitaire, il est donc possible d'établir un registre comprenant les salariés concernés (prénom / nom / fonction), la date du contrôle effectué, la personne ayant effectué le contrôle ainsi que l'information selon laquelle le schéma vaccinal est complet.

Pour le « passe sanitaire », ce registre pourra également comporter l'information selon laquelle un titre spécifique a été délivré au salarié pour permettre un contrôle simplifié.

Le ministère du travail précise à cet égard que si l'employeur décide de délivrer un titre spécifique permettant ensuite une vérification simplifiée du passe sanitaire, deux solutions conformes au RGPD sont préconisées :

- Soit conserver une liste, dont l'accès est restreint aux seules personnes habilitées, des salariés à qui le titre spécifique a été délivré ;
- Soit il délivre ce titre spécifique une seule fois, sans en garder la trace.

Ce « titre spécifique » ne revêtant aucun formalisme obligatoire, il peut s'agir d'un simple document :

- établi sur papier à en-tête de la structure ;
- indiquant que le (date), Madame/Monsieur X, (fonction), a volontairement présenté à Madame/Monsieur X, (fonction) habilité à procéder au contrôle du passe sanitaire, son justificatif de statut vaccinal complet ;
- précisant que le présent titre lui est ainsi délivré afin de permettre une vérification simplifiée du passe sanitaire ;
- et comportant la signature du directeur et/ou de la personne habilitée par lui à effectuer le contrôle.

Ainsi, le salarié soumis au passe sanitaire n'aura plus à présenter systématiquement de justificatif (la personne chargée du contrôle aura la liste des personnes ayant fourni un certi-

ficat vaccinal complet) et, en cas de vérification, il pourra ne présenter que le titre spécifique qui lui a été remis.

2.6. Quelles autorités sont compétentes pour contrôler les employeurs ?

Conformément à l'article L. 1312-1 du code de la santé publique, plusieurs agents peuvent constater et rechercher le manquement à l'obligation de contrôle de l'employeur :

- Les officiers et agents de police judiciaire conformément au code pénal ;
- Les pharmaciens inspecteurs de santé publique, les médecins inspecteurs de santé publique, les inspecteurs de l'action sanitaire et sociale, les ingénieurs du génie sanitaire, les ingénieurs d'études sanitaires et les techniciens sanitaires dans le cadre de leurs fonctions respectives ;
- Les personnels de l'ARS désignée par le directeur de l'ARS ;
- Les agents des collectivités territoriales habilités et assermentés dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

L'inspection du travail n'a donc pas compétence pour contrôler et sanctionner le non-respect, par l'employeur, des règles relatives au passe sanitaire et à la vaccination obligatoire. Néanmoins, elle reste **compétente au titre de ses attributions de droit commun** : respect des règles d'hygiène, de santé et de sécurité, information-consultation du CSE sur la mise en œuvre de ces obligations, ou encore exercice des mandats des représentants syndicaux ou du personnel en cas de suspension de leur contrat de travail.

3. Conséquences sur les relations de travail

3.1. Comment notifier la suspension du contrat de travail du salarié ?

La loi du 5 août 2021 prévoit que lorsque le salarié ne présente pas les justificatifs qui lui incombent au titre de l'obligation vaccinale ou du passe sanitaire, et qu'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.

Attention, il ne s'agit aucunement d'une sanction disciplinaire : cette suspension résulte de l'application de plein droit de l'application de la loi. La suspension corrélative de la rémunération résulte de l'impossibilité, pour le salarié, d'exercer sa prestation de travail faute de respecter ces dispositions.

Au-delà de **trois jours non travaillés, et uniquement pour le passe sanitaire**, la loi exige la convocation du salarié à un entretien afin d'examiner les moyens de régulariser sa situation. Il n'y a aucun formalisme ni pour la convocation, ni pour la tenue de l'entretien (téléphonique, visio, présentiel dans un lieu le cas échéant non soumis au passe sanitaire). Pour autant et comme le préconise le ministère du Travail, « *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.* »

Préconisation : remettre au salarié la notification de la suspension de son contrat de travail par courrier remis en main propre contre récépissé mentionnant la date et l'heure de la remise, ou par lettre recommandée avec avis de réception doublée d'un courriel ou d'un SMS. Le courrier pourra utilement préciser les modalités de régularisation ainsi que, s'agissant du passe sanitaire, la convocation du salarié à un entretien (en indiquant la date, l'heure, le lieu et la personne procédant à sa réalisation) dans l'hypothèse où le salarié n'aurait pas régularisé sa situation entre-temps.

Enfin, la loi prévoit également que lorsque l'employeur constate qu'un professionnel de santé

ne peut plus exercer son activité depuis plus de trente jours faute de respect de la vaccination obligatoire, il en informe, le cas échéant, le conseil national de l'ordre dont il relève. L'éventuelle procédure disciplinaire concernerait donc que les professions à « ordre » et elle ne pourrait être enclenchée que par ce dernier.

3.2. Outre l'interruption de la rémunération, quelles sont les conséquences de la suspension du contrat de travail du salarié ?

• Concernant le défaut de vaccination obligatoire

La suspension du contrat de travail emporte également **suspension de l'avancement des droits liés à l'ancienneté**, ainsi que **suspension des droits liés à l'acquisition des congés payés légaux et conventionnels**. En effet, la loi ne prévoit aucune assimilation de ce temps d'absence à du temps de travail effectif. Au contraire, elle précise expressément que cette période de suspension « *ne peut être assimilée à une période de travail effectif pour la détermination de la durée des congés payés ainsi que pour les droits légaux ou conventionnels acquis par le salarié au titre de son ancienneté* ».

En revanche, la loi prévoit que pendant cette suspension contractuelle, le **salarié conserve le bénéfice des garanties de protection sociale complémentaire** auxquelles il a souscrit, en précisant que cette disposition est d'ordre public. La formulation interroge : quelles sont les garanties visées et surtout, qui les finance ?

Compte tenu de la généralité des dispositions légales concernés, devraient être visées tant les couvertures complémentaires de frais de santé que les garanties de prévoyance et de retraite supplémentaire. À noter toutefois que l'amendement adopté par la commission des lois en 1^{re} lecture précisait qu'« *il s'agit des garanties complémentaires en matière de maternité, de maladie ou d'accident, mais aussi en matière de prévoyance* », sans référence à la retraite supplémentaire.

S'agissant du financement de ce maintien de garanties, la loi est plus que lacunaire. Le texte ne vise d'ailleurs qu'un maintien des garanties,

sans évoquer un maintien des cotisations et alors même que le salarié ne perçoit ni rémunération ni revenu de remplacement.

En toute logique, le maintien des garanties implique le maintien des cotisations patronales comme salariales. Concernant ces dernières, la mise en œuvre ne sera pas sans poser difficulté. **Deux options** pourraient être envisageables :

- L'employeur pourrait avancer la cotisation salariale, impliquant un bulletin de paie « négatif », cette avance étant alors récupérée lors de la reprise de l'activité ou lors du solde de tout compte si le salarié quitte les effectifs ;

- L'employeur pourrait **demandeur au salarié de verser sa quote-part** de cotisations pendant la période de suspension (virement, prélèvement automatique, chèque etc.), ce qui interroge toutefois sur les conséquences en cas de refus puisque les règles de maintien des garanties sont d'ordre public.

À date, aucun document émanant de l'Administration n'est venu apporter de précisions, la Direction de la sécurité sociale envisageant toutefois de commenter prochainement cette disposition.

• Concernant le défaut de passe sanitaire

Contrairement aux structures soumises à l'obligation vaccinale, l'absence d'assimilation de la période de suspension contractuelle à du travail effectif pour la détermination de la durée des congés et des droits conventionnels liés à l'ancienneté n'est pas expressément indiquée. Néanmoins, le schéma devrait être le même puisqu'une absence est par principe non assimilée à du temps de travail effectif (notamment pour l'acquisition des congés et droits conventionnels), sauf lorsque la loi ou les dispositions conventionnelles prévoient une telle assimilation (ce qui n'est pas le cas).

Aussi, **le maintien des garanties de protection sociale complémentaire en cas de suspension du contrat de travail pour défaut de passe sanitaire n'est pas prévu par la loi** et ne trouve donc pas à s'appliquer. Il convient donc de se référer aux modalités prévues en cas de suspension du contrat de travail par les actes constitutifs et les contrats d'assurance.

3.3. Le salarié peut-il exiger d'être placé en télétravail ?

Le salarié ne peut pas imposer à son employeur d'être placé en télétravail, lequel repose sur un principe de double volontariat. En revanche et compte tenu des circonstances exceptionnelles, l'employeur conserve la faculté d'imposer le télétravail ⁽¹⁷⁾.

À cet égard, il y a une contradiction entre les communications des autorités :

- Selon le ministère des Solidarités et de la Santé, « Il n'y a pas de distinction pour les personnes en télétravail, donc l'obligation vaccinale leur est applicable » ;

- Le ministère du Travail indique quant à lui que « 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. »

La position du ministère du Travail apparaît plus conforme que celle du ministère des Solidarités et de la Santé. En effet, lorsque le salarié est en télétravail, il n'exerce pas son activité dans une structure soumise à obligation vaccinale. Néanmoins, si le télétravail peut être une solution temporaire s'agissant du passe sanitaire puisque celui-ci est prévu pour une durée déterminée, il en va autrement de l'obligation vaccinale.

3.4. Le salarié pourrait-il invoquer son droit de retrait ?

Le champ d'application du droit de retrait est strictement défini par l'article L. 4131-1 du Code du travail :

« 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. [...] »

En pratique, deux arguments ont pu être soulevés par des salariés pour arguer de leur droit

de retrait : les risques liés à la vaccination d'une part, et ceux liés au passe sanitaire d'autre part.

S'agissant du risque vaccinal, il serait peu réaliste qu'en cas de contentieux prud'homal engagé par un salarié, soit qualifié un tel « danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé », alors même que l'obligation vaccinale résultant de la loi vise à protéger la santé du salarié lui-même et celle des personnes avec qui il est en contact dans le cadre de son activité professionnelle (même si la vaccination n'exclut pas pleinement la contamination).

S'agissant du passe sanitaire, l'argument soulevé tient au fait que les salariés vaccinés n'ont pas à se faire tester et sont donc susceptibles de propager le virus. Néanmoins, le fait qu'un salarié soit vacciné n'exclut aucunement le maintien de l'application des gestes barrières et des consignes sanitaires au sein des structures. Dès lors, il serait surprenant qu'un salarié argue aujourd'hui de son droit de retrait alors qu'il ne l'a pas fait depuis plus d'un an.

Un point de vigilance toutefois, l'article 47-1 V du décret du 1^{er} juin modifié prévoit que « Les obligations de port du masque prévues au présent décret ne sont pas applicables aux personnes ayant accédé aux établissements, lieux, services et événements dans les conditions prévues au présent article [c'est-à-dire en présentant le passe sanitaire] à l'exception de ceux relevant du 10° du II. Le port du masque peut toutefois être rendu obligatoire par le préfet de département lorsque les circonstances locales le justifient, ainsi que par l'exploitant ou l'organisateur. »

Le juge des référés du Conseil d'État ⁽¹⁸⁾ a d'ailleurs très récemment rejeté la requête en référé-liberté présentée par le Syndicat Jeunes Médecins et tendant à ce qu'il soit enjoint au gouvernement de maintenir le port du masque obligatoire dans les services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux pour toutes les personnes présentes dans ces établissements, y compris lorsqu'elles sont détentrices du passe, car cette circonstance « ne saurait être regardée, en l'état, comme créant un danger caractérisé et imminent pour la vie

des personnes, portant une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue le droit à la vie, qui justifierait à ce titre une intervention du juge des référés ».

Dès lors que l'employeur demeure soumis à son obligation de sécurité, le passe sanitaire n'excluant pas la circulation du virus, il est fortement préconisé de maintenir les règles de port du masque au sein des structures.

3.5. Le salarié dont le contrat est suspendu a-t-il le droit de travailler pour un autre employeur ?

Bien que ce point ne soit pas tranché par les dispositions légales et réglementaires ni par les différentes communications des autorités, la réponse apparaît positive.

En effet, le cumul d'emplois n'est pas illicite – d'autant qu'il n'y aura dans cette hypothèse pas de risque au titre des durées maximales de travail – et le salarié concerné n'est frappé d'aucune interdiction légale d'exercer dans un établissement non soumis à l'obligation vaccinale ou au passe sanitaire.

3.6. Le défaut de passe sanitaire ou de vaccination obligatoire peut-il entraîner la rupture du contrat de travail du salarié ?

• Salariés en CDI

Initialement, le projet de loi contenait un motif de licenciement « ad hoc » lorsque, faute de vaccination obligatoire ou de passe sanitaire, le salarié ne pouvait plus exercer son activité pendant une durée supérieure à deux mois. Si ces dispositions ont été supprimées à l'issue des débats parlementaires, le salarié n'est pas pour autant protégé des modalités de droit commun de rupture du contrat de travail.

À l'analyse de la jurisprudence, plusieurs motifs de licenciement pourraient être susceptibles d'être invoqués.

En premier lieu, **la Cour de cassation a déjà jugé en 2012 que reposait sur une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié refusant un vaccin obligatoire compte tenu de l'activité de son employeur, dès lors qu'il ne justifiait d'aucune contre-indication**

médicale à la vaccination ⁽¹⁹⁾. Dans cette affaire, la Cour d'appel, validée par la Cour de cassation, avait notamment relevé « *que l'employeur était tenu d'une obligation de résultat en matière de sécurité des salariés et que le refus opposé par le salarié de subir une vaccination obligatoire contre l'hépatite B constituait une cause réelle et sérieuse, sans que ce dernier ne puisse opposer des controverses sur les effets secondaires possibles de cette vaccination obligatoire et notamment le risque de développer une sclérose en plaques* ».

Attention toutefois, dans l'affaire soumise à la Cour, la vaccination concernée n'emportait pas suspension légale et de plein droit du contrat de travail du salarié, de sorte que l'employeur était « face à une impasse ». Il n'est donc pas certain que la solution serait aujourd'hui identique concernant le défaut de passe sanitaire ou de vaccination obligatoire, puisque le contrat de travail du salarié est suspendu.

Dès lors, l'employeur pourrait envisager d'organiser une visite médicale auprès du médecin du travail afin de faire constater l'inaptitude au poste du salarié concerné. D'abord, s'agissant du passe sanitaire, l'inaptitude ne serait que temporaire puisque la législation relative au passe sanitaire est actuellement fixée jusqu'au 15 novembre 2021. Ensuite, l'employeur s'exposerait à un constat d'aptitude avec des préconisations d'adaptation du poste telles que le télétravail, ce qui le contraindrait à cet égard. Enfin, en cas de constat d'inaptitude, cela emporterait obligation pour l'employeur de procéder au reclassement du salarié, le cas échéant dans une structure non soumise au passe sanitaire ou à l'obligation vaccinale. Par conséquent, **une procédure d'inaptitude apparaît peu adaptée.**

Néanmoins, dans l'hypothèse où la suspension du contrat de travail durerait dans le temps, l'employeur aurait faculté d'engager une procédure de licenciement au titre de l'**absence prolongée du salarié désorganisant le fonctionnement de l'entreprise (et non du seul service ou établissement) et nécessitant son remplacement définitif en CDI.** Si un tel motif de licenciement apparaît risqué s'agissant du

défaut de passe sanitaire compte tenu du caractère temporaire de la mesure, il pourrait être adapté s'agissant de l'obligation vaccinale qui n'est pas limitée dans le temps.

À noter que certaines conventions collectives comportent des **clauses de garantie d'emploi** encadrant la faculté de rompre le contrat de travail du salarié pour ce motif. Il en va notamment ainsi de l'article 26 de la convention collective du 15 mars 1966 qui prévoit que « *L'absence d'une durée au plus égale à 6 mois justifiée par l'incapacité résultant de maladie dûment constatée ne donne pas lieu à rupture du contrat de travail. En cas de remplacement de l'intéressé, le nouvel embauché est obligatoirement informé du caractère provisoire de l'emploi. En cas de prolongation de cette absence au-delà de la durée de 6 mois, l'employeur peut prendre l'initiative de la rupture du contrat de travail et aviser l'intéressé de l'obligation où il se trouve de le remplacer.* »

Néanmoins, l'absence prolongée du salarié ne serait pas justifiée par son incapacité résultant d'un arrêt maladie, mais par une suspension de son contrat de travail liée au non-respect de l'obligation vaccinale. Dès lors et sous réserve d'une position à venir des juridictions ou de l'administration, la garantie conventionnelle d'emploi ne s'appliquerait donc pas en telle hypothèse.

Enfin, certains salariés pourraient être tentés de « solliciter » un **abandon de poste** via un licenciement pour faute grave, de nature à permettre de quitter les effectifs en bénéficiant de l'indemnisation du chômage. Cependant, une telle qualification apparaît plus que compromise puisque de fait, le salarié n'est pas « en poste » mais en situation de suspension du contrat de travail. L'employeur prendrait donc un risque prud'homal certain s'il procédait à la notification d'un tel licenciement disciplinaire.

• **Salariés en CDD**

Qu'il s'agisse de l'application du passe sanitaire ou de l'obligation vaccinale, le salarié en CDD qui ne présente pas les justificatifs nécessaires pour pouvoir exercer son activité voit son contrat de travail suspendu.

Aucune rupture anticipée spécifique du CDD n'est prévue par la loi, le Conseil constitutionnel ayant jugé qu'« 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 »⁽²⁰⁾.

Ainsi et en application du droit commun, **le CDD prend fin à échéance du terme prévu**, même si le contrat est suspendu à cette date.

3.7. La suspension d'activité notifiée à un salarié protégé nécessite-t-elle une procédure devant l'inspection du travail ?

La suspension du contrat de travail ne nécessite ni une information, ni une autorisation de l'inspecteur du travail, ni même de recueillir l'accord du salarié protégé. En effet, cette suspension n'est pas décidée par l'employeur mais résulte de l'application de plein droit de la loi. Il est toutefois possible d'informer spontanément l'inspecteur du travail pour le tenir informé de la situation.

3.8. Un représentant du personnel peut-il continuer à utiliser ses heures de délégation et à venir en réunion du CSE en présentiel ?

Il est constant que la suspension du contrat de travail, quelle qu'en soit la cause, n'empêche **pas suspension du mandat**⁽²¹⁾.

Le salarié pourra donc continuer à utiliser ses heures de délégation et devra être invité aux réunions, même si celles-ci sont planifiées en présentiel.

Le ministère du Travail confirme d'ailleurs que « *La suspension du contrat de travail d'un représentant du personnel est sans effet sur ses mandats. Il peut continuer à les exercer. Pour concilier la liberté syndicale et le respect des obligations prévues par la loi, l'employeur peut [et non "doit"] aménager les modalités d'exercice du dialogue social, notamment en facilitant les échanges à distance.* »

À cet égard, la restriction apportée à la liberté de déplacement du salarié protégé ne résulte

pas d'une décision de l'employeur, mais de l'application de plein droit de la loi.

Par conséquent et sous réserve d'une position contraire d'une juridiction, si la réunion se déroule dans un établissement soumis à l'obligation vaccinale :

- le salarié protégé n'aura pas à présenter de certificat vaccinal, car il n'exerce pas « son activité dans » la structure, ou à tout le moins que ponctuellement ;

- en revanche, il devra présenter son passe sanitaire, comme tout autre visiteur, dès lors qu'il pénètre dans les espaces concernés aux heures où ils sont accessibles au public.

Un parallèle peut utilement être effectué avec les locaux dont l'accès est strictement limité y compris pour les représentants du personnel. À titre d'illustration, la Cour de cassation ⁽²²⁾ a jugé :

« qu'ayant relevé par motifs propres et adoptés, par une décision motivée et hors toute dénaturation, d'une part que les précautions prévues au titre de la sécurité dans l'établissement Servair Siège concernaient toute personne étrangère à celui-ci sans distinction, qu'une fois entré il était totalement libre de ses mouvements et qu'il n'était dont pas relevé d'atteinte disproportionnée à sa liberté d'aller et venir non plus que de rupture d'égalité avec des personnes dans la même situation que lui, d'autre part qu'en ce qui concernait l'accès à Servair Réunion située dans une "zone de sûreté à accès réglementé" (ZSAR), l'enregistrement préalable au poste de sécurité, le port d'un badge et le déplacement sous escorte le temps de la visite n'étaient pas la marque d'une discrimination à l'égard du salarié ni l'instrument d'une entrave à ses activités syndicales mais constituaient l'application des dispositions de l'arrêté du 24 juin 2015 relatif aux mesures de police applicables sur l'aéroport de La Réunion - Roland Garros et que le refus de la société était donc justifié, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, n'encourt pas les griefs du moyen »

En toute logique, le raisonnement devrait être le même s'agissant de la mise en œuvre de la loi du 5 août 2021 et de son décret d'application.

3.9. Le salarié pourra-t-il produire un arrêt maladie pour bénéficier d'un maintien de sa rémunération ?

Décryptage du cabinet Picard Avocats à lire dans le numéro n° 291 d'octobre 2021 du magazine Direction[s] : « Obligation vaccinale et passe sanitaire : la parade de l'arrêt maladie ? » (accès libre sur www.directions.fr).

(1) Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, article 1.

(2) Foire aux questions « Obligation de vaccination ou de détenir un pass sanitaire pour certaines professions » du ministère du Travail (version au 3 septembre 2021).

(3) Instruction de la DGCS pour les ESSMS du 13 août 2021.

(4) Foire aux questions « obligation vaccinale » du ministère des Solidarités et de la Santé (version au 27 août 2021).

(5) « Actualisation des recommandations nationales relatives à l'exercice des missions d'aide sociale à l'enfance compte tenu du contexte sanitaire », ministère des Solidarités et de la Santé, 9 septembre 2021.

(6) Instruction de la DGCS pour les ESSMS du 13 août 2021.

(7) « Actualisation des recommandations nationales relatives à l'exercice des missions d'aide sociale à l'enfance compte tenu du contexte sanitaire », ministère des Solidarités et de la Santé, 9 septembre 2021.

(8) « Questions/ Réponses à l'attention des employeurs et des agents publics : mesures relatives à la prise en compte dans la fonction publique de l'État de l'évolution de l'épidémie de Covid-19 » du ministère de la Transformation et de la Fonction Publiques (version au 10 août 2021).

(9) Foire aux questions « obligation vaccinale » du ministère des Solidarités et de la Santé (version au 27 août 2021).

(10) Constitue un transport sanitaire, tout transport d'une personne malade pour des raisons de soins ou de diagnostic, sur prescription médicale ou en cas d'urgence médicale, effectué à l'aide de moyens de transports terrestres, aériens ou maritimes, spécialement adaptés à cet effet.

(11) Foire aux Questions « Obligation de vaccination ou de détenir un pass sanitaire pour certaines professions », ministère du Travail (version au 8 septembre 2021).

(12) Foire aux questions « obligation vaccinale » du ministère des Solidarités et de la Santé (version au 27 août 2021).

(13) Foire aux Questions « Obligation de vaccination ou de détenir un pass sanitaire pour certaines profes-

sions », ministère du Travail (version au 8 septembre 2021).

(14) Voir en ce sens : Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-41.412.

(15) « l'employeur informe, sans délai et par tout moyen, le comité social et économique des mesures de contrôle résultant de la mise en œuvre des obligations prévues au 2° du A du II de l'article 1^{er} de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 [passe sanitaire] relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire et au I de l'article 12 de la présente loi [obligation vaccinale]. L'avis du comité social et économique peut intervenir après que l'employeur a mis en œuvre ces mesures, au plus tard dans un d mois à compter de la communication par l'employeur des informations sur lesdites mesures. »

(16) Foire aux Questions « Obligation de vaccination ou de détenir un pass sanitaire pour certaines professions », ministère du Travail (version au 8 septembre 2021).

(17) C. trav., art. L. 1222-11 ; Protocole sanitaire en entreprise, DGT (10 septembre 2021).

(18) Conseil d'État, Juge des référés, 24/08/2021, 455442, Inédit.

(19) Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 10-27.888, Publié au bulletin.

(20) Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021.

(21) Notamment : Cass. Ch. Mixte, 21 mars 2014, n° 12-20.002 ; Crim. 11 septembre 2007, n° 06-82.410.

(22) Cass. soc., 9 octobre 2019, n° 18-13.914



Prenez appui sur Direction[s] pour construire votre action

Vos responsabilités de dirigeant vous amènent à maîtriser toutes les règles - et à être au fait de leurs évolutions, dans un secteur particulièrement changeant et complexe. **Comment s'informer de manière efficace ?**

Que vous soyez **cadre dans le secteur public ou privé, responsable d'association ou au sein d'une instance de contrôle, manager ou formateur, préparez vos actions avec Direction[s], et optimisez leur mise en œuvre grâce à :**

- Une information hiérarchisée et fiable pour surmonter l'avalanche quotidienne d'infos et **prioriser vos actions ;**
- Des analyses rigoureuses et des outils opérationnels **pour couvrir tous vos champs de compétences ;**
- Des éclairages variés et des reportages de terrain **pour développer des projets porteurs de sens.**

Direction[s] vous accompagne ainsi dans toutes les facettes de votre métier.

Pour découvrir nos offres et vous abonner, rendez-vous sur www.directions.fr rubrique Boutique



UNE GAMME ÉDITORIALE COMPLÈTE AU SERVICE

des directeurs et cadres du secteur social et médico-social.



Le cabinet Picard **avocats** est un cabinet entièrement dédié à l'accompagnement des employeurs en droit social. Il est reconnu pour son expertise dans le domaine de l'économie sociale et solidaire. Il intervient particulièrement auprès d'associations, fondations, fédérations et syndicats d'employeurs des secteurs sanitaire, social, médico-social, de l'aide à domicile, de la formation, de l'animation, du lien social et familial, des foyers et services pour jeunes travailleurs et de l'insertion par l'activité économique.



Stéphane Picard, avocat en droit social, fondateur du cabinet Picard avocats



Cécile Noël, juriste en droit social, cabinet Picard avocats

Adresse : 31 rue du faubourg poissonnière – 75009 PARIS
Tél: 01.84.25.14.07 - Mel: contact@picard-avocats.com