



Université  
de Lille

**OLIVIER Shanese**

Etudiante en Master 2 Droit du Travail dirigé par Monsieur le Professeur BOSSU  
Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales

# **Les droits et les libertés individuelles des salariés à l'épreuve de la Covid-19**

---

– Mémoire académique –

Sous la direction de Madame Maéva CARON-THERAGE  
Doctorante en Droit du travail et chargée de travaux dirigés à l'Université de Lille

Soutenu en septembre 2022 à Lille

Membres du jury :

Madame Maéva CARON-THERAGE

-

Monsieur Jean-Philippe TRICOIT

*Maître de conférences en Droit privé et sciences criminelles*

-

Madame Delphine DESMARESCAUX

*Juriste en Droit social*

Année universitaire 2021 – 2022

## Sommaire :

### **Partie 1 : L'instauration de mesures gouvernementales attentatoires au consentement et à la vie privée justifiées et proportionnées aux enjeux de santé publique**

Chapitre 1 : Mesures anti-Covid, une atteinte au consentement des salariés justifiés par les enjeux de santé publique et proportionnée à une exigence de santé publique

Chapitre 2 : Une atteinte à la vie privée des salariés et de leurs données de santé durant la pandémie justifiée et proportionnée au but de santé publique

### **Partie 2 : Les atteintes justifiées au droit du travail et à l'intégrité physique des salariés, proportionnées aux enjeux de santé publique par une politique de sauvegarde des intérêts économiques et sanitaires**

Chapitre 1 : L'atteinte à la liberté de travailler des salariés par les mesures gouvernementales mais justifiée et proportionnée par l'exigence de santé publique

Chapitre 2 : La participation des salariés à la sauvegarde de la dignité humaine et de l'intégrité physique pendant la pandémie, une atteinte à leurs libertés malgré le manque de protection de l'Etat

## **Principales abréviations :**

ANI	Accord National Interprofessionnel
APC	Accord de performance collective
Art.	Article
CA	Cour d'appel
CDD	Contrat à durée déterminée
CDI	Contrat à durée indéterminée
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
C. Trav.	Code du travail
CE	Conseil d'Etat
CEPD	Comité européen de la protection des données
Cons. Constit.	Conseil Constitutionnel
Cass.	Cour de Cassation
CJCE	Cour de Justice des communautés européennes
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Covid-19	Maladie du Coronavirus SARS-CoV2
CPAM	Caisse primaire d'assurance maladie
CSE	Comité social et économique
DUER	Document unique d'évaluations des risques
HAS	Haute Autorité de Santé
JORF	Journal officiel de la république Française
L.	Loi
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
Ord.	Ordonnance
OIT	Organisation internationale du travail
Op. cit.	Opere Citato
PSE	Plan de sauvegarde de l'emploi
RGPD	Règlement général sur la protection des données
RH	Ressources humaines
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
UES	Unité économique et sociale

## **Remerciements :**

Je remercie vivement Maxence Delfortrie pour le nombre d'heures qu'il m'a consacré et surtout de sa gentillesse et de son implication dans ce travail ;

Madame CARON-THERAGE pour son aide précieuse pour la partie juridique et de sa participation au jury ;

Monsieur le Professeur TRICOIT pour sa participation au jury ;

Mesdames Marine COCHET-MANTEAU, Khadija EL UASTI, Delphine DESMARESCAUX, Camille DOS SANTOS, Léa HAFID et Messieurs Benjamin ZIMMERMAN, Hugo BILLOCHON qui m'ont encadrée durant mon année d'alternance et m'ont permis d'acquérir une certaine expérience professionnelle grâce à leurs savoirs ;

Ma mère pour m'avoir permis d'accomplir de longues études et de m'avoir encouragé dans les périodes les plus difficiles ; mes frères et ma sœur de leurs soutiens moraux.

# INTRODUCTION

« 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<sup>1</sup> ». A l'origine, l'article L. 1121-1 du code du travail avait une portée limitée aux seuls employeurs. Toutefois, la généralité du terme « nul » a par la suite été interprétée par la jurisprudence comme visant une multitude d'acteurs<sup>2</sup> et d'actes<sup>3</sup>.

Préalablement à l'étude profonde du sujet sous un angle juridique, rappelons que la pandémie a suscité de nombreuses interrogations. La pandémie dénommée Covid-19 (pour « coronavirus 2019 disease ») aurait débuté à Wuhan en Chine en fin d'année 2019<sup>4</sup>. Elle a ensuite connu une propagation fulgurante à l'échelle du globe en quelques semaines. De par cette propagation, différents variants se sont développés tel qu'Omicron, Alpha<sup>5</sup>. La pandémie est à ce jour responsable de plusieurs millions de décès (annexe 1), le bilan étant approximatif et non définitif en l'état.<sup>6</sup> La pandémie n'a certes concerné que peu la réglementation des produits alimentaires. Pour autant, elle a impacté de manière durable et inestimable l'activité économique de tous les secteurs ainsi que les libertés fondamentales.

Dès lors, l'adaptation du droit du travail à la crise sanitaire et économique causée par la propagation de ce virus et de ses nombreux variant était et reste nécessaire<sup>7</sup>. Il fallait permettre aux entreprises d'amortir les conséquences de leur baisse d'activité, voire de leur inactivité, en évitant les fermetures d'entreprise et les suppressions d'emploi<sup>8</sup>. Dès le début de la crise, la stratégie du Gouvernement était annoncée, à savoir « *Concilier l'impératif absolu de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, et la nécessaire préservation de la continuité de notre activité économique et sociale, cruciale pour surmonter dans la durée la crise que nous traversons* ». Il fallait donc permettre aux entreprises de poursuivre leur activité tout en essayant de freiner la propagation du virus.

---

<sup>1</sup> C. trav., art. L. L1121-1.

<sup>2</sup> Institutions de représentation du personnel, syndicats, cabinets de conseil en recrutement, intermédiaires intervenant dans la phase de recrutement, organismes de formation...

<sup>3</sup> Lois, conventions collectives, règlements intérieurs, chartes éthiques...

<sup>4</sup> Revue Lamy Droit Alimentaire, N° 402, Pandémie du Covid-19 : présentation de quelques mesures de maîtrise, 1er avril 2020.

<sup>5</sup> André, « Covid : la liste de tous les variants connus », Information hospitalière, le 14 juillet 2021.

<sup>6</sup> Op. cit. Lamy.

<sup>7</sup> Yann Leroy, « Crise sanitaire et droit social de crise » Droit social 2022, p.100.

<sup>8</sup> Op. cit. Yann Leroy.

Les premières mesures ont été les aides pour les secteurs les plus impactés par la crise sanitaire<sup>9</sup>, mesures de protection des salariés<sup>11</sup>. Elles ont tantôt été allégées<sup>12</sup>, tantôt renforcées<sup>13</sup>. D'autres mesures plus visibles encore ont été prises, à travers la transformation du « pass sanitaire » en « pass vaccinal »<sup>14</sup>. D'autres s'y sont adjointes à la faveur de la loi du 5 août 2021, laquelle a imposé aux professionnels intervenant dans un certain nombre de lieux de présenter un pass sanitaire ou un schéma vaccinal à jour<sup>15</sup>. Comme le relève le professeur Fabre, l'obligation vaccinale contre la Covid-19 repose soit sur un « critère d'affectation », soit elle résulte d'une « logique professionnelle » et implique donc que certaines catégories de travailleurs soient vaccinées<sup>16</sup>. Dans un contexte épidémique de circulation croissante, l'obligation vaccinale contre le Covid-19 s'adresse à ces personnes puisqu'ils ont un risque élevé d'exposition au virus et amenées à accompagner au quotidien les publics fragiles et vulnérables qu'il s'agit de protéger contre les risques de Covid-19, et notamment contre le risque de développer des formes graves de la maladie<sup>17</sup>.

De manière générale, comme le rappelle le Haut Conseil de la Santé Publique dans ses avis du 27 septembre 2021<sup>18</sup> et 7 octobre 2016<sup>19</sup>, l'obligation vaccinale des professionnels de santé répond à deux objectifs essentiels : « *L'obligation vaccinale des professionnels de santé, mais également des étudiants des professions de santé se justifie à la fois pour protéger les futurs soignants, en raison des contacts possibles avec des patients susceptibles d'être porteurs de germes, en particulier dans les établissements de santé, mais également pour protéger les patients d'une contamination soignant-soigné* ». Au-delà de la protection conférée contre les formes graves de la maladie et de la réduction des risques de transmission aux patients et à leurs proches, la vaccination des professionnels de santé permettra d'augmenter sensiblement la couverture vaccinale en population générale et d'atteindre ainsi au plus vite l'immunité collective<sup>20</sup>.

---

<sup>9</sup> Décret. n° 2021-1956, 31 déc. 2021.

<sup>10</sup> Dispositif d'activité partielle, exonérations de charges sociales, prêts garantis par l'État, aides à la formation

<sup>11</sup> Port du masque, recours au télétravail.

<sup>12</sup> Le dispositif d'activité partielle est logiquement moins généreux aujourd'hui qu'il ne l'était au début de la crise, puisque le confinement a cessé.

<sup>13</sup> Le télétravail est devenu obligatoire.

<sup>14</sup> Yann Leroy, « Crise sanitaire et droit social de crise » Droit social 2022, p.100.

<sup>15</sup> L. n° 2021-1040, 5 août 2021, relative à la gestion de la crise sanitaire.

<sup>16</sup> A. Fabre, Les obligations de vaccination et de présentation d'un passe sanitaire, RDT 2021. 512.

<sup>17</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, l'obligation vaccinale, solidarité-santé.gouv.fr, dossier vaccin Covid-19 publié le 18.08.2021 et mis à jour le 19.07.2022.

<sup>18</sup> Haut Conseil de la Santé publique, Obligations vaccinales des professionnels de santé, 27/10/2016.

<sup>19</sup> Haut Conseil de la Santé publique, Grippe saisonnière : utilisation des vaccins quadrivalents inactivés, 07/10/2016.

<sup>20</sup> Op. cit. l'obligation vaccinale.

Lorsqu'il a été décidé d'imposer, par la loi du 5 août 2021, la vaccination aux professionnels de santé d'une part, et la présentation d'un pass sanitaire pour un certain nombre de professionnels d'autre part, la question essentielle était celle de la réponse qu'il convenait d'apporter aux hypothèses de refus de la vaccination<sup>21</sup>. Dans de tels cas, fallait-il faire preuve de d'intransigeance pouvant justifier la rupture automatique du contrat de travail ? Le gouvernement, après y avoir songé, a finalement renoncé à cette idée, s'épargnant une fronde populaire<sup>22</sup>. Rappelons, en effet, que la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) précise, en son article 4, qu'« *un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ». De même, la loi française dispose que : « *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* »<sup>23</sup>. Ainsi, la suspension du contrat de travail a été privilégiée à celle de sa rupture pour gérer de telles situations.

A l'évidence, l'obligation vaccinale au travail ainsi que les autres restrictions sanitaires existantes, entrent naturellement en conflit avec des principes constitutionnels tels que le droit au consentement ou à la vie privée<sup>24</sup>. Si la vaccination venait à être mise en place dans toutes les entreprises, le secret médical qui protégeait les employés ne serait plus garanti. Pourtant, cette situation est celle des salariés qui ont été soumis à cette obligation vaccinale<sup>25</sup>. Dès lors, dans un souci de protection et de lutte contre le virus, les employeurs ont pu être tentés, au titre de mesures de prévention des contaminations à la COVID-19 sur le lieu de travail, d'instaurer des dispositifs de surveillance de la santé des salariés. Or, de tels dispositifs sont éminemment attentatoires à la protection de leur vie personnelle. En effet, il est vrai que les employeurs sont soumis à une obligation de sécurité à l'égard de leurs employés.

---

<sup>21</sup> Yann Leroy, « Crise sanitaire et droit social de crise » Droit social 2022, p.100.

<sup>22</sup> Plus précisément, la possibilité d'un licenciement sui generis pour défaut de passe sanitaire au bout de deux mois, initialement voulue par le gouvernement, a été supprimée par les sénateurs.

<sup>23</sup> L. no 2021-1040 5 août 2021, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>24</sup> L'article 9 du code civil disposant que « chacun a droit au respect de sa vie privée » est un principe essentiel en droit français à valeur constitutionnelle qui interdit toute immixtion dans la vie privée de « toute personne, quels que soient son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir » (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 oct. 1990, 89-13.163).

<sup>25</sup> L. no 2021-1040 5 août 2021.

Cependant, ils ne peuvent prendre à ce titre des mesures susceptibles de porter une atteinte disproportionnée à la vie privée desdites personnes. C'est pourquoi le Gouvernement, par le biais de la dernière version du protocole sanitaire en date du 9 juin 2021, et la CNIL, portent une attention particulière au respect de la vie privée des salariés et au secret médical pour toutes les actions de prévention menées en entreprise dans le cadre de la crise sanitaire de la COVID-19<sup>26</sup>.

Dès lors, compte tenu du bouleversement provoqué par la pandémie de la Covid-19, de multiples mesures ont été prises par les pouvoirs publics pour tenter de maîtriser au mieux cette situation inédite. En ce sens, les mesures de maîtrise prises ont fait l'objet d'éclairages intéressants apportés par le Conseil d'État<sup>27</sup>. Il avait été saisi par un syndicat de médecins pour demander au Premier ministre et au ministre chargé de la Santé de prononcer un confinement total de la population<sup>28</sup>.

Le Conseil d'État a été saisi sur la base de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative qui prévoit : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale* ». Le point 5 de son arrêt du 22 mars 2020 considère que le droit au respect de la vie, rappelé notamment par l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, constitue bien une liberté fondamentale<sup>29</sup>. Le point 3 du même arrêt rappelle que dans une situation d'épidémie, il appartient aux autorités publiques de prendre, en vue de sauvegarder la santé de la population, toutes dispositions de nature à prévenir ou à limiter les effets de l'épidémie.

Ces mesures, qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux, comme la liberté de réunion, la liberté d'aller et venir ou l'exercice d'une profession doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent. En d'autres termes, l'intérêt collectif, à savoir la protection de la santé publique, prime sur les libertés individuelles des personnes physiques ou des personnes morales, en cas de situation grave<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, 9 juin 2021, mise en application du nouveau protocole sanitaire national en entreprise.

<sup>27</sup> Revue Lamy Droit Alimentaire, N° 402, Pandémie du Covid-19 : présentation de quelques mesures de maîtrise, 1er avril 2020.

<sup>28</sup> Op.cit. Lamy.

<sup>29</sup> Op.cit. Lamy.

<sup>30</sup> Op.cit. Lamy.



Or, lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale, le juge des référés du Conseil d'État peut prescrire toutes les mesures d'urgence de nature à faire cesser le danger résultant de cette action ou de cette carence. Le point 3 du même arrêt rappelle que dans une situation d'épidémie, il appartient aux autorités publiques de prendre, en vue de sauvegarder la santé de la population, toutes dispositions de nature à prévenir ou à limiter les effets de l'épidémie<sup>31</sup>. Ces mesures, qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés individuelles, comme la dignité de la personne humaine, la liberté d'expression ou l'exercice d'une profession doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent.

En tout état de cause, les libertés et les droits fondamentaux sont des piliers importants de la démocratie. Ils bénéficient d'une protection accrue. Les droits fondamentaux ou libertés fondamentales sont l'ensemble des droits subjectifs primordiaux de l'individu, assurés dans un Etat de droit et une démocratie<sup>32</sup>. C'est une notion abstraite dont il n'existe pas de définition faisant l'unanimité. Les droits fondamentaux sont constitués des Droits de l'Homme<sup>33</sup>, des libertés publiques<sup>34</sup> et de nouveaux droits comme les garanties procédurales ou relatifs à l'environnement. En France, les principaux textes qui garantissent les droits fondamentaux sont par exemple la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 ou encore de 1958. La liberté<sup>35</sup> est, selon la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, le premier des « *droits naturels et imprescriptibles de l'homme* » (article 2). La notion de « salarié » se définit comme une personne physique liée à un employeur par la conclusion d'un contrat de travail et par une relation de subordination permanente. Le salarié dispose légalement ou conventionnellement d'un certain nombre de droits attachés à son statut : information, expression, paiement d'un salaire minimum en fonction de l'emploi occupé, limitation de la durée du travail, etc.

---

<sup>31</sup> Revue Lamy Droit Alimentaire, N° 402, Pandémie du Covid-19 : présentation de quelques mesures de maîtrise, 1er avril 2020

<sup>32</sup>Toupié.org, Droits fondamentaux ou libertés fondamentales.

<sup>33</sup> Les droits de l'Homme sont une notion selon laquelle tout être humain possède des droits universels, inaliénables, quel que soit le droit en vigueur dans l'Etat ou groupe d'Etats où il se trouve, quelles que soient les coutumes au niveau local, liées à l'ethnie, à la nationalité ou à la religion.

<sup>34</sup> On appelle "libertés publiques" l'ensemble des droits et des libertés individuelles et collectives garantis par les textes législatifs et donc par l'Etat. Les libertés ne sont dites publiques que si l'Etat intervient pour les reconnaître et les aménager, quel que soit l'objet de cette liberté.

<sup>35</sup> La liberté est l'état d'une personne ou d'un peuple qui ne subit pas de contraintes, de soumissions, de servitudes exercées par une autre personne, par un pouvoir tyrannique ou par une puissance étrangère. C'est aussi l'état d'une personne qui n'est ni prisonnière ni sous la dépendance de quelqu'un.

Les devoirs qu'il a en contrepartie vis-à-vis de son employeur, et qui consistent essentiellement dans la fourniture d'un travail selon les instructions qui lui sont données, sont fixés par la réglementation, par le contrat de travail et par l'employeur lui-même<sup>36</sup>. L'étude portera essentiellement à la situation générale des salariés, écartant de ce fait la situation très particulière des salariés dit « protégés ».

Or les mesures prises pour limiter la propagation de l'épidémie de coronavirus entrent en contradiction directe avec ce principe. En effet, il n'est plus possible d'aller et venir librement, ni même de se réunir, ce qui est contraire à la liberté d'association. Les manifestations sont plus largement encadrées si ce n'est interdites, on ne peut plus manifester, ce qui va à l'encontre des libertés politiques. De même, on ne peut plus se déplacer aussi librement pour travailler et entreprendre, etc<sup>37</sup>. Pour autant, la liberté ne doit pas être comprise comme le droit de faire ce que l'on veut, quelles qu'en soient les circonstances<sup>38</sup>. La liberté comporte en effet des limites. « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* »<sup>39</sup>. Dès lors, la liberté ne doit pas être prise comme une garantie individuelle illimitée. Autrement dit, la liberté est au contraire un droit collectif qui implique le respect de chacun ainsi que la réciprocité. En ce sens, elle fonde le vivre-ensemble<sup>40</sup>, à la base du contrat social<sup>41</sup> qui lie chaque individu d'une société donnée.

Ainsi, aimer la liberté, c'est d'abord aimer la liberté de l'autre, c'est tout faire pour ne pas lui nuire, pour le respecter. C'est reconnaître son droit à exister pleinement. Autrement dit, la liberté est moins un droit qu'un devoir envers les autres. Par conséquent, la liberté n'est pas le droit de contaminer les autres. C'est au contraire le devoir de protéger son prochain en limitant le risque de contamination, sachant que la Covid-19 comporte un risque mortel pour certaines personnes à risques ou âgées. Finalement, lutter contre la pandémie en adoptant des mesures privatives de liberté constitue un effort de « guerre sanitaire »<sup>42</sup> nécessaire pour protéger les uns et les autres<sup>43</sup>. Il faut cependant veiller, dans une logique de bilan coût-avantage, à ce que les effets négatifs de ces mesures ne soient pas plus importants que les effets de la pandémie elle-même<sup>44</sup>.

---

<sup>36</sup> Edition tissot, « Définition du salarié »

<sup>37</sup> Jepense.org, Coronavirus et privation de liberté : approche philosophique, 8/11/2020.

<sup>38</sup> Op.cit. Jepense.org

<sup>39</sup> Article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

<sup>40</sup> Op. cit. Jepense.org.

<sup>41</sup> L'expression Contrat social désigne une convention tacite et librement consentie entre les membres du corps social, entre les gouvernés et les gouvernants, entre l'individu et l'Etat. Cette convention permet aux hommes de coexister pacifiquement.

<sup>42</sup> Terme employé par le Président de la République E. Macron lors de son allocution du 16 mars 2020.

<sup>43</sup> Op. cit. Jepense.org.

<sup>44</sup> Op. cit. Jepense.org.

Dès lors, la question qui innovera l'ensemble des travaux réalisés au sein du présent mémoire est la suivante : Est-ce que les atteintes causées par la covid-19 sur les droits et libertés du salarié sont-elles justifiées par la situation sanitaire et proportionnées aux enjeux de santé publique ?

Face à la gravité de la pandémie, nombres de décisions ont donc été prises dans l'urgence. Les politiques adoptées et les lois votées le sont avec peu de temps consacré aux consultations. Il est donc primordial de suivre attentivement et d'analyser scrupuleusement les conséquences de ces mesures sur les droits humains. Pour explorer cette thématique, il conviendra d'étudier l'impact de la crise et des réponses apportées sur quatre libertés individuelles qui intéressent le monde du travail. Seront tout d'abord envisagés les conséquences sur le respect de la vie privée et de la liberté de consentir (Partie 1). Puis, un regard avisé sera consacré aux effets sur le respect du droit à l'intégrité physique et à la liberté de travailler (Partie 2). L'équilibre entre libertés individuelles et protection de la santé par les pouvoirs publics sera au cœur de notre réflexion.

# **Partie 1 : L'instauration de mesures gouvernementales attentatoires au consentement et à la vie privée justifiées et proportionnées aux enjeux de santé publique**

La crise sanitaire sans précédent que traverse le pays depuis près d'un an et demi oblige à repenser l'articulation entre cette obligation de sécurité de l'employeur et le respect de la vie privée du salarié<sup>45</sup>. La crise sanitaire a fait voler en éclats l'idée que le travail et la vie personnelle sont deux aspects totalement dissociés de la personne du salarié. Avec l'intensification du recours au télétravail, plébiscité par le gouvernement comme la première mesure de lutte contre la propagation de l'épidémie, le caractère volontaire du salarié tend à disparaître, impactant ainsi la liberté de consentir du salarié. Les effets sur la vie privée sont également quantifiables par l'indissociation entre le bureau du salarié et son domicile. Or le domicile du salarié fait partie intégrante de l'intimité de sa vie privée et l'employeur, qui doit s'assurer que le salarié travaille dans des conditions satisfaisantes notamment en termes de sécurité ne peut en principe y accéder sans son accord, sauf circonstances exceptionnelles<sup>46</sup>.

Par ailleurs, l'obligation vaccinale au travail, tout comme d'autres restrictions sanitaires existantes, entre bien sûr en conflit avec des principes constitutionnels tels que le droit au consentement ou à la vie privée. Si elle venait à être mise en place dans toutes les entreprises, le secret médical qui protégeait jusqu'alors les employés ne serait plus respecté. C'est pourtant le cas pour les salariés qui ont été soumis à cette obligation vaccinale<sup>47</sup>. Dès lors, la liberté de consentement et la vie privée des salariés en entreprise ont été affectées durant la pandémie. Raison pour laquelle le chapitre premier sera consacré à l'atteinte au consentement des salariés en entreprise par les mesures gouvernementales prises durant la pandémie. Un second chapitre portera sur la vie privée du salarié. Enfin, il reste à déterminer si les atteintes faites au cours de la pandémie, ont été justifiées et proportionnées au but poursuivi par le gouvernement, à savoir la préservation de la santé publique ?

---

<sup>45</sup> CMS Francis Lefebvre Avocats, Les Echos, la vie privée des salariés à l'épreuve de la crise sanitaire : quelle articulation entre obligations de l'employeur et respect de la vie privée ?, mis à jour 11 oct. 2021.

<sup>46</sup> Op. cit. Les Echos.

<sup>47</sup> L. no 2021-1040 5 août 2021.

## **CHAPITRE 1 : Mesures anti-Covid, une atteinte au consentement des salariés justifiés par les enjeux de santé publique et proportionnée à une exigence de santé publique**

En matière de soins, l'autonomie d'une personne s'exprime par sa capacité à consentir librement et de manière éclairée. L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose que « *Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement* ». Le patient doit être mis en situation d'agir de façon autonome. Dans le cadre de l'obligation vaccinale, le médecin du travail doit recueillir le consentement éclairé préalable du salarié, celui-ci peut refuser de se faire vacciner et ce refus ne doit emporter aucune conséquence. Le salarié ne peut être écarté de son poste pour ce motif. L'employeur ne peut donc exiger d'un salarié qu'il soit couvert par une vaccination recommandée. De plus, aucune décision d'inaptitude ne peut être tirée du seul refus du salarié de se faire vacciner.

Toutefois, la crise sanitaire a conduit le gouvernement à prendre plusieurs mesures visant dans un premier temps à restreindre l'épidémie et, dans un second temps, à l'endiguer à l'aide d'un vaccin. Dès lors, depuis le 15 septembre 2021, certaines professions doivent être vaccinées pour exercer leur activité. L'obligation vaccinale contre la COVID-19 s'adresse donc aux personnes avec un risque élevé d'exposition au virus et amenées à accompagner au quotidien les publics fragiles et vulnérables qu'il s'agit de protéger contre les risques de COVID-19, et notamment contre le risque de développer des formes graves de la maladie<sup>48</sup>. Dès lors, en présence de circonstances exceptionnelles permettant, sous le contrôle du juge, lorsque les événements l'exigent et pour assurer la continuité des services publics, qu'une atteinte sur les libertés individuelles des salariés soit admise. Toutefois, les atteintes portées sur les libertés individuelles des salariés doivent être justifiées et proportionnées à l'objectif poursuivi. Or, le développement de ce vaccin et son utilisation posent de nombreuses questions sur le consentement. C'est le cas également pour les dispositifs mis en place par le gouvernement pour lutter contre le virus. Le recours au télétravail a été imposé par le gouvernement dans son discours en 2021, « *dès la rentrée, le recours au télétravail sera obligatoire dans toutes les entreprises* ». En temps normal, l'employeur ne peut pas obliger le salarié à être en télétravail. Il faut que les locaux représentent un danger, comme c'est le cas avec le coronavirus.

---

<sup>48</sup> L'article 12 de la loi no2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire établit alors une obligation de vaccination contre la COVID-19 pour les personnes exerçant leur activité dans les établissements et services de santé et médico-sociaux, ainsi que pour les professionnels de ville, les professionnels intervenant à domicile auprès des personnes fragiles, les sapeurs-pompiers et les membres des associations agréées de sécurité civile, ou encore les transporteurs sanitaires.

Cette mesure a donc été mise en place afin de lutter contre le virus, diminuer le niveau de contamination et atteindre l'objectif poursuivi par les pouvoirs publics.

Dès lors, il conviendra de se poser la question suivante : Est-ce que les atteintes portées à la liberté de consentement des salariés en temps de COVID-19 sont justifiées par la situation sanitaire et proportionnées au but recherché ?

La question du consentement des salariés sera étudiée aussi bien dans le cadre du télétravail que dans l'obligation vaccinale. La COVID-19 a incontestablement causé une atteinte à ce droit des salariés en entreprise. Reste à savoir si ces mesures sont justifiées et proportionnées à l'objectif dont le gouvernement poursuit en ce temps de crise sanitaire (Section 1). Les mesures par le gouvernement n'ont pas fait qu'aboutir à des atteintes sur les libertés individuelles des salariés, des protections ont été mises en place ou alors renforcées par l'Etat, pour pallier les exigences causées par la pandémie. Ces protections ont permis de sauvegarder la santé des salariés en entreprise (Section 2).

### **Section 1 : Une atteinte à la liberté de consentir justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le Gouvernement**

Le télétravail a été imposé par les pouvoirs publics pour préserver la santé des citoyens français. En effet, la COVID-19 se propageait partout dans le monde et la distanciation physique était nécessaire pour réduire la contagion, les pouvoirs publics ont alors fortement encouragé, voire obligé, les travailleurs à minimiser leur présence sur site<sup>49</sup>. Cette mesure permet donc de sauver les salariés, et de ralentir le virus avec la distanciation physique. Toutefois, il est certain que ce mécanisme ait pu atteindre le consentement des salariés, en partie par sa mise en place. L'article L. 1222-9 du code du travail énonce que le télétravail suppose « un accord entre l'employeur et le salarié » et ce, sous réserve qu'il n'y ait aucun accord collectif ou de charte relative au télétravail. Le télétravail obligatoire fait alors perdre « cet accord », et oblige donc le salarié à y recourir. Ainsi, le caractère exceptionnel de la situation sanitaire permet-il de retirer ce consentement aux salariés ? Par ailleurs, le fait d'opter le consentement des salariés, la décision du gouvernement a créé une distinction entre les salariés. En ce sens, ce dispositif a incontestablement créé une différence de traitement entre les salariés. Il est clair que certains salariés n'ont pu recourir à ce dispositif de par leurs professions (Paragraphe 1).

---

<sup>49</sup>OCDE, « lutte contre le coronavirus pour un effort mondial », 21 septembre 2021.

Par la suite, la loi du 5 août 2021, a imposé l'obligation vaccinale pour certaines professions. Dans un contexte épidémique de circulation croissante, l'obligation vaccinale contre le Covid-19 s'est adressé aux personnes avec un risque élevé d'exposition au virus et amenées à accompagner au quotidien les publics fragiles et vulnérables qu'il s'agit de protéger contre les risques de Covid-19, et notamment contre le risque de développer des formes graves de la maladie<sup>50</sup>. De ce fait, cette obligation vaccinale a également atteint la liberté de consentement des salariés. En ce sens, cette mesure obligatoire a retiré tout consentement des salariés qui y sont soumis. Pour les autres, les pouvoirs publics ont simplement incité les salariés à se faire vacciner, tout comme les employeurs (Paragraphe 2).

Ainsi, le caractère exceptionnel des atteintes susceptibles d'être portées aux libertés individuelles du salarié s'inscrit dans l'article L. 1121-1 du Code du travail, puisque « *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* ». En conséquence, il est clair que durant cette pandémie, le consentement des salariés a été atteint. En tout état de cause, il faudra voir si l'atteinte sur le consentement des salariés est justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi.

### **Paragraphe 1 : Une absence de consentement justifiée et proportionnée aux enjeux de santé publique dans le cadre du télétravail**

Rappelons la définition du télétravail, il se définit par « *Le télétravail est une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information dans le cadre d'un contrat de travail et dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière* »<sup>51</sup>. Le salarié dispose d'une faculté à choisir de recourir à ce dispositif. Cependant, suivant les directives gouvernementales, le ministère du Travail a répondu oui à la question suivante : « *La mise en place du télétravail est-elle une obligation pour l'entreprise ?* »<sup>52</sup>. Le gouvernement a ainsi imposé le télétravail en temps de pandémie, puisque sur le plan sanitaire, le télétravail constitue l'un des dispositifs les plus à même de lutter contre la pandémie.

---

<sup>50</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, l'obligation vaccinale, publié le 18.08.2021 et mis à jour le 19.07.2022.

<sup>51</sup> C. du travail., art. L. 1222-9.

<sup>52</sup> Dupays, Alain, « Covid-19 et télétravail », Division 13 Durée et organisation du travail, Chapitre 3, Lamyline, 22/03/2022.

L'idée est simple puisque sans contact humain, il n'y a pas de transmission du virus possible<sup>53</sup> (A). Ainsi, en cas de circonstances exceptionnelles, le caractère volontaire du salarié dans le cadre du télétravail tend à disparaître. L'employeur, quant à lui, garde le droit de refuser aux salariés ce dispositif. Il faudra alors veiller à ce que les employeurs qui n'accordent pas aux salariés le télétravail de justifiée par une raison objective et pertinente. Le principe général de l'égalité de traitement a été dégagé par la Cour de cassation à l'occasion de l'affaire « Ponsolle » du 29 octobre 1996<sup>54</sup>. Ce principe suppose le respect d'une égalité de traitement des salariés d'une même entreprise placée dans une situation identique ou comparable. Il en résulte donc que l'inégalité de traitement peut être autorisée, si elle repose sur des critères objectifs et pertinents. Ainsi, si la loi l'autorise<sup>55</sup> et que l'intérêt général le justifie, la différence de traitement peut être admis (B).

Le gouvernement ayant pris la décision d'imposer le télétravail, devra sans nul doute justifiée cette mesure, et devra veiller à ce que le caractère de proportionnalité soit cohérent avec la situation actuelle.

#### ***A. L'extinction justifiée et proportionnée du caractère volontaire du recours au télétravail par le salarié au temps de la COVID-19***

La question cardinale qui se pose est la suivante : un employeur peut-il imposer aux salariés de télétravailler ? En principe, la réponse est non. L'article L. 1222-9 du code du travail énonce que le passage au télétravail suppose « *un accord entre l'employeur et le salarié* » et ce, sous réserve qu'il n'y ait aucun accord collectif ou de charte relative au télétravail. Ce même article<sup>56</sup> dispose que « *le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail* ». De ce point de vue, le caractère volontaire est la clé du télétravail dans cet article. Cependant, face à la pandémie de la COVID-19 qui s'est propagé partout dans le monde<sup>57</sup> et dont la distanciation physique était nécessaire pour réduire la contamination, le Gouvernement a fortement encouragé, voire obligé<sup>58</sup>, les travailleurs à minimiser leur présence sur site.

---

<sup>53</sup> Damien Bondat, « d'un confinement à l'autre : demain, tous télétravailleurs ? » Issu de Petites affiches, Labasel'extenso, 09/12/2020, n°246 - page 6.

<sup>54</sup> Cass. Soc. 29 octobre 1996, 92-43.680, Publié au bulletin.

<sup>55</sup> C. du travail., art. L.1133-1 à L.1133-6.

<sup>56</sup> C. du travail., art. L. 1222-9.

<sup>57</sup> La pandémie de COVID-19 touche 183 pays et plus de 1 225 400 personnes ont été touchées, dont 252 600 sont désormais guéries mais 66 542 décès sont à déplorer, Ministère de la santé et de la prévention.

<sup>58</sup> Dans son discours du 31 mars 2021, le président de la République a évoqué le télétravail comme un des moyens de limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19 "*Le télétravail sera systématisé et j'appelle tous les employeurs et les télétravailleurs à y avoir recours à chaque fois qu'ils le peuvent.*"



Dès lors, l'article L. 1222-11 du Code du travail énonce que « *le risque épidémique est une cause pouvant justifier le recours au télétravail sans l'accord du salarié* ». Au regard de la définition légale du télétravail, le caractère volontaire de celui-ci tend à disparaître. Il est évident que cet article soit antérieur à la COVID-19.

Finalement, on constate que dans l'urgence le Gouvernement a des outils pour faire face à des circonstances exceptionnelles.

Avant la Covid-19, la France a effectivement connu d'autres virus. On songe notamment à la grippe, l'article L. 1222-11<sup>59</sup> reprend, dans le contexte légal, les dispositions des circulaires ministérielles de 2009 relatives à la pandémie de grippe H1N1<sup>60</sup>. Le législateur neutralise ici le droit de refus du salarié en offrant à l'employeur la possibilité de contraindre le salarié au télétravail, ce qui lui permet de le sanctionner sur un plan disciplinaire en cas de refus<sup>61</sup>. Encore une fois, on retrouve l'extinction du consentement du salarié. Néanmoins du côté de la doctrine, l'analyse faite sur l'extinction du consentement du salarié dans le cadre du télétravail pendant la COVID-19 semble être erronée<sup>62</sup>. En effet, il se base sur un protocole national<sup>63</sup> pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise en déduit que l'employeur doit accorder 100 % de jours de télétravail à ses salariés lorsque les autorités le recommandent expressément en cas de crise sanitaire. Or cette interprétation de la loi semble inexacte<sup>64</sup>.

D'une part, la doctrine et jurisprudence s'accordent pour dire que le protocole national ne possède aucun caractère contraignant et ne constitue finalement qu'un ensemble de recommandations opérationnelles destinées à permettre à l'employeur de respecter ses obligations légales<sup>65</sup>. D'autre part, dans l'article L. 1222-11 du Code du travail, rien ne permet d'affirmer clairement que l'employeur est tenu de mettre en œuvre le télétravail en cas de crise sanitaire. Bien plus, cet article doit se comprendre comme une exception au caractère volontaire du télétravail énoncé précédemment.

---

<sup>59</sup> L. no 2012-387 du 22 mars 2012, art. 46.

<sup>60</sup> Circ. DGT nos 2009/15 et 2009/16

<sup>61</sup> C. trav., art. L. 1222-10.

<sup>62</sup> Damien Bondat, « d'un confinement à l'autre : demain, tous télétravailleurs ? » Issu de Petites affiches, Labasel'extenso, 09/12/2020, n°246 - page 6.

<sup>63</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19, mis à jour le 16.03.2022.

<sup>64</sup> Op.cit. Issu de petites affiches

<sup>65</sup> CE, 19 oct 2020, n° 444809 ; Joubert L., « Le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 », RDT 2020, p. 521 ; Loiseau G., « À propos de la force normative du protocole national sanitaire en entreprise », JCP S 2020, 450, 44.

Dans le cadre épidémique, la mise en œuvre du télétravail doit être considérée comme un aménagement du poste de travail, autrement dit, un changement des conditions de travail que le salarié ne peut refuser sous peine de commettre une insubordination. Mais en aucun cas l'employeur n'est tenu de le faire et le télétravail reste, même pendant cette deuxième crise sanitaire, à l'entière discrétion de l'employeur. Est-ce pour autant dire que l'employeur peut faire ce qu'il souhaite ? Non puisque les questions-réponses du gouvernement rappelle que la mise en œuvre du télétravail relève de l'application des principes généraux de prévention imposant à l'employeur de mettre en place une organisation adaptée aux risques. Or le télétravail est un moyen d'assurer la distanciation sociale entre les salariés, principal élément de lutte contre le coronavirus. À ce titre, il devra apporter une attention particulière aux travailleurs à risques sans pour autant négliger les autres<sup>66</sup>.

Néanmoins, si l'employeur décide d'accorder aux salariés le télétravail, il y a bien une absence de consentement du salarié. Cette absence de choix dans le cadre du télétravail découle sur une atteinte au consentement des salariés. La décision du Gouvernement n'est alors légitime que s'il répond à des exigences de proportionnalité et de nécessité<sup>67</sup>. Dès lors cette absence de consentement au télétravail du salarié ne se justifie alors que dans des situations aussi rares qu'exceptionnelles, telle que la COVID-19. Cette atteinte est proportionnée au regard de la propagation du virus à travers le monde, cette décision permet de préserver la santé de tous. « *Le télétravail est un mode d'organisation de l'entreprise qui permet de réduire les contacts physiques sur les lieux de travail et dans les transports en commun. À ce titre, son développement peut être utile dans le cadre des mesures de prévention à la main de l'employeur pour répondre à son obligation de prévention des risques dans l'entreprise* »<sup>68</sup>. En conséquence, il existait un risque bien réel d'une résurgence du virus dans les différents pays. La mise en place de cette mesure était nécessaire dans le sens où elle a permis de minimiser les risques d'une autre vague de contaminations contractées sur le lieu de travail.

---

<sup>66</sup> Damien Bondat, « d'un confinement à l'autre : demain, tous télétravailleurs ? » Issu de Petites affiches, Labasel'extenso, 09/12/2020, n°246 - page 6.

<sup>67</sup> C.trav., art. L. L1121-1.

<sup>68</sup> Dupays, Alain, « Covid-19 et télétravail », Division 13 Durée et organisation du travail, Chapitre 3, Lamyline, 22/03/2022.

Il semble, par ailleurs, qu'avec l'extinction du caractère volontaire qu'on ne puisse plus parler de télétravail mais alors de travail à distance imposé<sup>69</sup>. En effet, le télétravail revêt un caractère volontaire pour le salarié et l'employeur concernés<sup>70</sup>. Or comme précisé ci-dessus, en période de circonstances exceptionnelles ce caractère volontaire disparaît. C'est pour cette raison que le terme « travail à distance imposé » serait plus approprié<sup>71</sup>.

L'employeur peut toutefois refuser le télétravail d'un salarié sous réserve que celui-ci justifie sa décision. Néanmoins, il devra être vigilant sur la motivation de son refus puisque le télétravail permet de diminuer la propagation du virus. De plus, cette possibilité de refuser le télétravail à un salarié pourrait conduire à une inégalité de traitement entre les salariés en entreprise. C'est pourquoi, sa décision devra être justifiée d'une part, par une raison objective, et d'autre part être pertinente.

### ***B. Une différence de traitement entre les salariés dans le cadre du télétravail justifiée par une raison objective et pertinente au temps du COVID-19***

Le télétravail a été vivement conseillé, voir imposé par les pouvoirs publics le 3 janvier 2022<sup>72</sup>. Il a été vu que le caractère volontaire du salarié a disparu. Cette absence de consentement des salariés dans le cadre du télétravail au cours de la pandémie, a sans doute créé des différences de traitement au sein de l'entreprise. L'employeur conserve le droit de refuser du télétravail à ses salariés et ce, si ce dernier justifie sa décision. Toutefois, son refus pourrait constituer une différence de traitement s'il ne parvient pas à la justifier de manière objective et pertinente.

L'article L. 1222-9 du Code du travail dispose que « *L'employeur qui refuse d'accorder le bénéfice du télétravail à un salarié qui occupe un poste éligible à un mode d'organisation en télétravail dans les conditions prévues par accord collectif ou, à défaut, par la charte, motive sa réponse* ». Cet article s'inscrivait bien avant la pandémie. Ainsi, l'employeur conserve son droit de refuser le télétravail d'un salarié mais sous réserve que celui-ci justifie sa décision. En ce sens, l'employeur conserve son droit de refus pour les salariés qui ne pourraient pas disposer du télétravail. Dans ce contexte de crise sanitaire, les motivations de l'employeur justifiant le refus du télétravail peuvent être de nature différente.

---

<sup>69</sup> Benoît Géniaut, « Covid-19 et télétravail », Dalloz, Droit social 2020, page 607.

<sup>70</sup> ANI 19 juill. 2005, art. 2, et accord-cadre européen 16 juill. 2012, art. 3, tous deux intitulés « Caractère volontaire ».

<sup>71</sup> Benoît Géniaut, « Covid-19 et télétravail », Dalloz, Droit social 2020, page 607.

<sup>72</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19, mis à jour le 16.03.2022.

En premier lieu, on pourrait évoquer les situations rendant inenvisageable le télétravail en raison des contraintes de la profession. C'est le cas par exemple, lorsque le salarié se doit d'être présent à l'occasion de rendez-vous en présentiel auprès des clients ou avec d'autres salariés. Toutes les activités professionnelles ne peuvent donc être exercées à distance. En ce sens, les professions qui nécessitent d'inspecter, nettoyer, installer, réparer ou utiliser des outils et machines ou encore de s'occuper de personnes ou d'animaux ne peuvent bénéficier du télétravail car ce mode d'organisation n'est pas applicable pour de telles activités. On pense également au plombier, électricien, travail en usine ou sur chantier, etc<sup>73</sup>.

Force est de constater que pour ces salariés, le choix n'est pas présent. Le dispositif n'étant pas adapté pour eux, leur consentement n'est alors pas sollicité. Ils devront nécessairement travailler sur site ou en déplacement. En ce sens, pourquoi certains salariés peuvent-ils bénéficier du télétravail pour sauver leurs vies et diminuer la propagation du virus, et d'autres n'ont pas cette possibilité ? Le droit du travail a alors expliqué cette différence par un seul moyen, il faut qu'elle soit justifiée et qu'elle repose sur des éléments objectifs<sup>74</sup>. En outre, son refus doit trouver une raison objective et pertinente, à défaut de créer une différence de traitement entre les salariés. L'employeur peut refuser le télétravail notamment pour les activités qui ne peuvent bénéficier de ce dispositif en raison de leurs professions (déplacement fréquent chez les clients, personnel d'entretien), ce refus est justifié par une raison objective et pertinente. Toutefois, il est utile de privilégier le dialogue social pour trouver des solutions adaptées pour ces catégories de salariés<sup>75</sup>.

En second lieu, pour les autres professions, il s'agira alors de se référer à l'accord collectif ou à la charte, s'ils existent puisqu'ils fixent les critères à remplir pour être éligible au télétravail dans l'entreprise. S'ils existent ce n'est pas forcément dû à la crise sanitaire. La présence d'accord collective ou d'une charte permette d'encadrer le télétravail, et doit être mis à jour lorsque survient une pandémie. À défaut, il s'agira d'identifier concrètement les activités qui peuvent faire l'objet de télétravail tel que le poste d'un informaticien. Il appartiendra alors à l'employeur de disposer d'éléments objectifs, concrets et solidement établis pour asseoir sa décision de refus. Dans ce cas, il est utile de privilégier le dialogue social pour trouver des solutions adaptées et de proximité en lien avec la réalité du terrain.

---

<sup>73</sup> Justice express.com, Covid-19 : refus du télétravail par l'employeur, 2021.

<sup>74</sup> Cass. Soc. 13 janvier 2016 n° 14-26.050.

<sup>75</sup> Lamyline, « Télétravail et crise sanitaire de la Covid-19 », n°533-4, décembre 2021

En tout état de cause, l'employeur peut refuser le télétravail d'un salarié sous réserve que celui-ci justifie sa décision. Cependant, le refus de l'employeur d'attribuer du télétravail à un salarié peut constituer une inégalité de traitement entre les salariés. En ce sens, pourquoi certains salariés peuvent-ils bénéficier du télétravail pour sauver leurs vies et diminuer la propagation du virus, et d'autres n'ont pas cette possibilité ? Le droit du travail a alors expliqué cette différence par un seul moyen, il faut qu'elle soit justifiée et qu'elle repose sur des éléments objectifs<sup>76</sup>. En outre, son refus doit trouver une raison objective et pertinente, à défaut de créer une différence de traitement entre les salariés. L'employeur peut refuser le télétravail notamment pour les activités qui ne peuvent bénéficier de ce dispositif en raison de leurs professions (déplacement fréquent chez les clients, personnel d'entretien), ce refus est justifié par une raison objective et pertinente. Toutefois, il est utile de privilégier le dialogue social pour trouver des solutions adaptées pour ces catégories de salariés.

Par ailleurs, avec cette nouvelle configuration de travail, la question sur l'égalité de traitement a été confrontée avec l'octroi ou non de tickets-restaurant pour les télétravailleurs. Dans une affaire<sup>77</sup>, une grande partie des salariés de l'UES Malakoff Humanis ont été placés en télétravail le 17 mars 2020 suite à la crise sanitaire liée au COVID-19. A partir de cette date, l'UES a décidé de ne plus attribuer de tickets-restaurant aux salariés affectés sur un site qui n'est pas doté d'un restaurant d'entreprise (ou inter-entreprises) et qui sont placés en télétravail. En effet, dès lors que ces salariés ont été placés en télétravail, l'entreprise a considéré que l'attribution de titres restaurant en télétravail n'était plus justifiée. Habituellement dans cette UES, seuls les salariés qui travaillent sur un site qui ne possède pas de restaurant d'entreprise, bénéficient des tickets-restaurant. Une fédération syndicale a contesté la décision de la direction, jugeant que le principe d'égalité de traitement n'était pas respecté : « 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 »<sup>78</sup>.

Le Tribunal de Nanterre a estimé que la suppression des tickets-restaurant pour les télétravailleurs était valable et justifiée dans cette affaire. En effet « *Les salariés de l'UES, placés en télétravail, le sont à leur domicile et ne peuvent donc prétendre, en l'absence de surcoût lié à leur restauration hors de leur domicile, à l'attribution de tickets restaurant* »<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Cass. Soc. 13 janvier 2016 n° 14-26.050.

<sup>77</sup> Tribunal judiciaire de Nanterre, Pôle social, 10 mai 2021, n20/09616

<sup>78</sup> ANI du 19 juillet 2005 relatif au télétravail

<sup>79</sup> Tribunal Nanterre, op.cit.

L'objectif des titres-restaurant dans cette entreprise est « *de permettre à ses salariés de faire face au surcoût lié à la restauration hors de leur domicile pour ceux qui seraient dans l'impossibilité de prendre leur repas à leur domicile* ». Ils permettent, dans cette UES, de pallier le surcoût d'un repas pris à l'extérieur.

Ainsi, pour les juges, il existe ainsi deux situations qui ne sont pas comparables et qui permettent de justifier l'attribution ou non des tickets-restaurant. D'un côté, il y a les télétravailleurs (qui sont à leurs domiciles), avec absence de surcoût lié à la restauration en extérieur. De l'autre côté, il y a les travailleurs sur site, qui n'ont pas accès à un restaurant d'entreprise et qui ont donc un surcoût car ils doivent manger à l'extérieur. En définitive, ils considèrent qu'il n'y a pas d'inégalité de traitement puisque la situation des salariés en télétravail et des salariés sur site (sans restaurant d'entreprise) n'est pas comparable<sup>80</sup>.

En attendant que la Cour de cassation tranche la question, rappelons que pour autant que l'objet soit légitime et l'exigence proportionnée, dans la pratique, les différences de traitement sont possibles si elles sont fondées sur une exigence professionnelle reconnue.

La solution retenue par le Tribunal judiciaire de Paris qui, dans sa décision du 30 mars 2021 a considéré, au contraire, que « *les conditions d'utilisation des titres-restaurants sont tout à fait compatibles avec l'exécution des fonctions en télétravail puisqu'elles ont pour principe directeur de permettre au salarié de se restaurer lorsque son temps de travail comprend un repas, et qu'à ce titre les télétravailleurs se trouvent dans une situation équivalente à celle des salariés sur site* ». La solution rendue par le Tribunal judiciaire de Paris est alors fondée sur une appréciation extensive de l'objet des titres-restaurants qui ne se limite pas à la compensation du surcoût d'un repas pris au restaurant. En effet, elle correspond à la prise en charge du coût d'un repas, quel qu'il soit, dès lors qu'il s'inscrit dans une journée de travail<sup>81</sup>. Dès lors, si le titre-restaurant vise à permettre au salarié de se restaurer lors de sa journée de travail, il s'avère difficile de pouvoir justifier d'une raison objective et pertinente réservant l'octroi des titres-restaurants aux seuls salariés sur site, que le télétravail soit contraint ou choisi.

---

<sup>80</sup> Alice Lachaine, « Suppression des tickets-restaurant en télétravail validée par les juges », Juritravail, Actualité, 16/03/2021.

<sup>81</sup> Semaine Sociale Lamy, N° 1950, Les titres-restaurants : une illustration de la complexité d'application du principe d'égalité de traitement aux télétravailleurs, 19 avril 2021, mise à jour 04/2021.

En revanche, si le titre-restaurant a pour seul objet de compenser le surcoût d'un repas pris en dehors du domicile comme le décide le Tribunal de Nanterre, il semble légitime de considérer que l'exclusion des télétravailleurs du bénéfice des titres-restaurants repose sur une raison objective et pertinente, même si le télétravail ne résulte pas d'un acte volontaire<sup>82</sup>.

A cet égard, se pose la question de l'hypothèse dans laquelle le salarié serait en télétravail en dehors de son domicile, le législateur n'imposant pas que le télétravail soit réalisé au domicile du salarié, ce que rappelle justement la décision du Tribunal judiciaire de Paris. Par conséquent, une question se pose celle de savoir : l'employeur serait-il en mesure de faire valoir des raisons objectives et pertinentes permettant d'exclure les télétravailleurs de l'attribution de titres-restaurants alors même que ces derniers exerceront leur travail en dehors de leur domicile et seront ainsi exposés à un surcoût de leur repas ? Sera-t-il même possible, en pratique, d'établir une distinction entre les télétravailleurs domicile et les télétravailleurs hors domicile ? La solution est difficile à déterminer car l'appréciation de l'objet varie d'un juge à l'autre. Cela dit, on pourrait penser à une autre méthode, à savoir adopter une approche plus globale permettant d'apprécier de manière générale les raisons objectives et pertinentes permettant de justifier d'une différence de traitement entre les télétravailleurs et les autres salariés. Une telle démarche s'inscrit parfaitement dans le cadre du dialogue social et de la conclusion d'un accord de branche ou d'entreprise, sous le contrôle éventuel du juge<sup>83</sup>.

En définitive, les salariés n'ont pas eu le choix de consentir au télétravail en temps de COVID-19. De la même façon, pour certains salariés dont la profession ne permet pas de bénéficier de ce mécanisme, ils n'ont pas eu le choix de travailler sur site ou en déplacement. Dans les deux cas, le consentement du salarié est absent. De plus, cette absence de choix a eu pour conséquence, une différence de traitement entre les salariés en entreprise. Or, comme dans les cas ci-dessus, l'employeur se fonde sur des raisons objectives et pertinentes pour justifier les inégalités de traitement. Il est vivement conseillé de privilégier le dialogue social pour trouver des solutions adaptées et de proximité en lien avec la réalité du terrain.

Après avoir constaté que le consentement a été atteint dans le cadre du télétravail mais qu'il était justifié et proportionné au but de santé publique. La question du consentement reste à voir dans le cadre de l'obligation vaccinale.

---

<sup>82</sup> Op. cit. Lamy.

<sup>83</sup> Op. cit. Lamy.

## **Paragraphe 2 : Une atteinte justifiée au consentement libre et éclairé dans le cadre de l'obligation vaccinale et proportionnée aux enjeux de santé publique**

La « vaccination » selon Larousse serait une « *administration d'un vaccin ayant pour effet de conférer une immunité active, spécifique d'une maladie, rendant l'organisme réfractaire à cette maladie* ». La pandémie de COVID-19 est à la fois contagieuse et mortelle pour la population. Une vaccination contre le Coronavirus permettrait de se protéger et de diminuer la propagation du virus<sup>84</sup>. Raison pour laquelle, la vaccination a été imposé pour certains salariés, avec la loi du 5 août 2021<sup>85</sup>. Pour les autres salariés, les entreprises ne peuvent qu'inciter les salariés à se faire vacciner (A).

Si de nombreux salariés ont choisi la vaccination pour se protéger et préserver les autres, beaucoup de nos concitoyens n'ont pas effectué cette démarche.<sup>86</sup> Les employeurs ne peuvent qu'inciter les salariés à se faire vacciner. Les entreprises ne peuvent imposer la vaccination, et ce à défaut de menacer leurs libertés individuelles. Or, certaines professions ont été confrontées à l'obligation vaccinale.

Le consentement de ses salariés a été incontestablement atteint. Pour autant, cela était-il justifié et proportionné aux enjeux de santé publique (B).

### ***A. Une politique vaccinale volontariste et incitative pour certains salariés préservant la santé de tous mais non attentatoire à leur liberté de consentement***

La pandémie de COVID-19 est à la fois contagieuse et mortelle pour la population. Une vaccination contre le Coronavirus permettrait de se protéger et de diminuer la propagation du virus. En entreprise, les salariés et les employeurs sont encouragés à se faire vacciner dans le cadre de la stratégie vaccinale définie par les autorités sanitaires. Cette vaccination repose sur le volontariat et le secret médical. Le protocole sanitaire rappelle que la vaccination peut être réalisée par les services de santé au travail. Par conséquent, cette information doit être transmise par l'employeur à ses salariés. Il se doit de communiquer les modalités d'accès à la vaccination par le service de santé au travail de l'entreprise. Cette information doit être générale puisqu'elle doit être portée à la connaissance de l'ensemble des salariés de l'entreprise, et ce quel que soit leur âge. Sont également concernés par cette information les salariés placés en activité partielle ou en télétravail.

---

<sup>84</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, l'obligation vaccinale, publié le 18.08.2021 et mis à jour le 19.07.2022.

<sup>85</sup> Op. cit. l'obligation vaccinale.

<sup>86</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, Le tableau de bord de la vaccination, publié le 20.05.2021.



Après cette information divulguée, le salarié peut consentir ou non à se faire vacciner. Il revient à ce dernier d'en décider<sup>87</sup>.

Au regard de cette information, si le salarié convient de passer par le service de santé au travail alors il sera autorisé à s'absenter sur ses heures de travail. En effet, il ne doit donc pas se munir d'un arrêt de travail dans cette situation, l'employeur ne peut en aucun cas s'opposer à son absence. Toutefois, le salarié informe son employeur de son absence pour visite médicale sans avoir à en préciser le motif. Il faut savoir que ces absences n'entraînent aucune diminution de la rémunération et sont assimilées à une période de travail effectif pour la détermination de la durée des congés payés, ainsi que pour les droits légaux ou conventionnels acquis par les intéressés au titre de leur ancienneté<sup>88</sup>. Les heures passées à la vaccination étant assimilées à du temps de travail effectif, elles n'ont pas à être récupérées<sup>89</sup>. Dès lors, cette situation fait que les salariés sont plus enclins à se faire vacciner car leurs rémunérations restent intactes. Cependant, il faut être vigilant à ce que cette incitation ne tourne pas en une obligation.

Par ailleurs, pour les salariés en situation d'affection de longue durée exonérant bénéficiant d'une autorisation d'absence de droit pour cette vaccination rendue nécessaire par leur état de santé. De même, l'employeur ne peut s'y opposer. En revanche, dans tous les autres cas, hors service de santé au travail, il n'existe pas d'autorisation d'absence de droit. Par conséquent, cette autorisation de s'absenter démontre bien une incitation à la vaccination.

Par la même occasion, il est possible aussi pour les entreprises de mettre à disposition de leurs salariés des autotests 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. En revanche en cas de test positif, la personne doit s'isoler à son domicile, effectuer un test RT-PCR pour confirmation et suivre la procédure adaptée de prise en charge sans délai des personnes symptomatiques mise en place par l'employeur<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> CMS Francis Lefebvre Avocats, « L'employeur face au refus du salarié de se faire vacciner ou de présenter le pass sanitaire contre le covid-19 », 3 août 2021.

<sup>88</sup> Service public, Un salarié a-t-il le droit de s'absenter pour aller se faire vacciner, Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), publié le 12 août 2021.

<sup>89</sup> QR min. trav. 9-8-2021, III.

<sup>90</sup> Service public, « Covid-19 : quelles sont les démarches si vous êtes positif ? », Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), publié le 02.08.2021.

En définitive, la vaccination sauve deux à trois millions de vies chaque année, c'est l'une des plus importantes interventions de santé, tant en termes de vies sauvées que de bénéfices économiques. A titre d'exemples, la vaccination contre la rougeole a évité environ 23,2 millions de décès entre 2000 et 2018 et le nombre de cas de poliomyélite a diminué de plus de 99 % depuis 1988, passant de 350 000 à moins de 200 cas à la fin de 2019<sup>91</sup>. Dès lors, cette incitation à la vaccination est justifiée dans le cadre de la COVID-19, le virus n'ayant pas de frontière, seule la vaccination permettra de limiter la pandémie. C'est pourquoi cette incitation n'entrave pas la liberté de consentement des salariés dans la mesure où l'on préconise la vaccination et non l'obligation vaccinale, du moins pour certains salariés.

Les employeurs étaient donc en mesure d'inciter les salariés à se vacciner sans que cela n'entrave leurs libertés fondamentales. Néanmoins, il revient au seul salarié de décider de se faire vacciner. En présence d'une telle obligation, leurs droits et libertés individuelles seraient menacés. Or, ce constat pourrait être affirmé pour d'autres professionnels dont l'obligation vaccinale a été imposée.

### ***B. L'obligation vaccinale, une atteinte exceptionnelle à la liberté fondamentale du consentement libre et éclairé des salariés***

L'obligation vaccinale a été imposée à certains corps de métier. Il s'agit là d'une atteinte exceptionnelle à la liberté fondamentale du consentement libre et éclairé des salariés. Auparavant, la recherche du consentement libre et éclairé du patient n'existait que sous la forme d'une obligation déontologique du médecin<sup>21</sup>. Il faudra attendre la loi dite « Kouchner » du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé<sup>92</sup> pour venir l'encadrer juridiquement. En effet, cette loi est venue ériger la protection de la santé comme droit fondamental tout en forgeant un droit au respect de la dignité de la personne malade<sup>93</sup>. Pour instaurer une « démocratie sanitaire » et améliorer le système de santé, le législateur va donc consacrer des droits pour les patients dont celui du « *consentement libre et éclairé aux actes et traitements qui lui sont proposés* »<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> Unicef, « Vaccination : la solution sûre, efficace et abordable pour sauver la vie de millions d'enfants », publié le 26/02/2021

<sup>92</sup> L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé/JORF du 5 mars 2002.

<sup>93</sup> Maïa-Ané Joubert, « La vaccination obligatoire ou l'impératif de santé publique à l'épreuve du « quoi qu'il en coûte » », Revue politique et parlementaire, le 30/09/2021.

<sup>94</sup> Op. cit. Joubert.

Désormais codifié au sein de l'article L. 1111-4 du Code de la Santé Publique, ce principe signifie que « *toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement [...] Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ». Dès lors, la loi ne peut obliger la population à se faire vacciner en raison de son état de santé. A défaut d'une telle obligation, cela reviendrait à violer un droit qui est la libre disposition de son corps. Cette liberté découle directement sur le consentement aux soins, qui serait violé de part une possible obligation vaccinale. Comme le souligne Jean-Paul Markus<sup>95</sup> « *C'est comme si on imposait une chimio à quelqu'un qui n'en veut pas. On ne peut pas, même si non sait qu'elle a des chances de mourir* ». Dès lors, on ne peut imposer l'obligation vaccinale aux personnes qui ne souhaitent pas s'y résoudre. Toutefois, après adoption du texte par le Parlement<sup>96</sup> et à la suite de la décision rendue par le Conseil Constitutionnel le 5 août 2021<sup>97</sup>, une catégorie de salarié ont été soumis à la vaccination obligatoire. En ce sens, les personnes soumises à l'obligation vaccinale sont les professionnels de santé (annexe 3)<sup>98</sup>. Dans un contexte épidémique dont la propagation est virulente, l'obligation vaccinale contre le COVID-19 s'adresse donc aux personnes avec un risque élevé d'exposition au virus.

C'est le cas des professionnels de santé, ils accompagnent au quotidien les publics fragiles et vulnérables<sup>99</sup>. Cette absence de consentement libre et éclairé de cette catégorie de salarié serait alors justifiée par le fait de protéger contre les risques de COVID-19, et notamment contre le risque de développer des formes graves de la maladie. Mais cette obligation vaccinale est-elle réellement proportionnée à l'objectif de santé publique ?

Si la vaccination a été rendu obligatoire pour certains salariés, c'est qu'elle est nécessairement justifiée par des considérations de santé publique et qu'elle est proportionnée au but poursuivi<sup>100</sup>. Dans le cas présent, il doit exister un rapport suffisamment favorable entre, d'une part, la contrainte et le risque présenté par la vaccination pour chaque personne vaccinée. Et d'autre part, le bénéfice qui en est attendu tant pour ce salarié 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 risques ou effets indésirables qu'il peut présenter<sup>101</sup>.

---

<sup>95</sup> Professeur de droit de la santé à Paris Saclay.

<sup>96</sup> L. no2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.

<sup>97</sup> Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021.

<sup>98</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, l'obligation vaccinale, publié le 18.08.2021 et mis à jour le 19.07.2022.

<sup>99</sup> Op. cit. l'obligation vaccinale.

<sup>100</sup> CE 6 mai 2019, no 419-942, rendue à propos des onze vaccinations obligatoires pour la population générale.

<sup>101</sup> CE 10 déc. 2021, no 456004, Concl. Skrzyerbak,

Dès lors, le risque de contamination de la COVID-19 s'était fortement accentué en 2021, déclenchant alors un taux de mortalité assez élevée (annexe 2). Pour faire face à cette propagation et à la dangerosité de ce virus, le Gouvernement a pris des mesures radicales dans un temps relativement court, la vaccination obligatoire pour les professionnels de santé. En effet, le seul moyen de stabiliser la population et de rendre le virus moins circulant, et donc d'éviter que de nouveaux variant émergent, était d'imposer la vaccination pour cette catégorie de salarié. Cependant, même si cette obligation vaccinale semble poursuivre l'objectif de limiter la propagation de l'épidémie, il est délicat de se positionner réellement sur le caractère proportionné. Tout d'abord, la détermination de la liste des professionnels concernés par l'obligation vaccinale, peut être source d'interrogation, voire d'incompréhension.

C'est le cas pour le personnel non soignant soumis à l'obligation vaccinale qui n'est pas en contact physique avec le public. Toutefois, lorsqu'on regarde la loi du 5 août 2021, certains critères ont été pris en compte pour justifiés le périmètre d'application de l'obligation vaccinale<sup>102</sup> (annexe 4).

C'est le cas notamment du critère « géographique » qui a sûrement été pris en compte pour soumettre l'obligation vaccinale à ces salariés. Si l'on se positionne du point de vue du gouvernement, la mise en place de l'obligation vaccinale pour certains salariés répond à trois aux objectifs. Il s'agit d'une part, de protéger les personnels du secteur sanitaire et social particulièrement exposés<sup>103</sup>. D'autre part, s'y ajoute le souci de prévenir le risque de transmission aux patients, par définition en état de fragilité, ou à leurs proches.

Enfin, elles contribuent à augmenter la couverture vaccinale de la population générale en faveur du développement d'une immunité collective. De ce point de vue, l'adoption des lois relatives à la gestion sanitaire s'inscrit dans le prolongement d'une politique sanitaire initiée de longue date en imposant une obligation vaccinale en milieu professionnel<sup>104</sup> afin de protéger les salariés. C'est d'ailleurs ce souci de protection de la population qui légitime l'atteinte aux droits individuels que cette obligation emporte. Par conséquent, il se trouve que le critère de proportionnalité soit justifié au regard des circonstances exceptionnelles<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, l'obligation vaccinale, publié le 18.08.2021 et mis à jour le 19.07.2022.

<sup>103</sup> Dans les années 70, une épidémie d'hépatite B s'était développée dans le corps médical, justifiant ultérieurement l'obligation vaccinale contre cette maladie.

<sup>104</sup> L. n° 2021-1040, 5 août 2021, relative à la gestion de la crise sanitaire ; Projet de loi n° 749 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique, 14 janv. 2022.

<sup>105</sup> Haute Autorité de Santé, « Covid-19 : l'obligation vaccinale prévue par la loi est justifiée et son élargissement doit être débattu », le 16/07/2021.

Pour conclure, le consentement a été atteint dans le cadre du télétravail. Cependant, toutes les atteintes à cette liberté durant la pandémie ont été justifiées et proportionnées par une exigence de santé publique. En effet, le télétravail a permis de réduire considérablement la propagation du virus et sauver des vies. Quand bien même, le télétravail n'aurait pas pu concerner l'ensemble des actifs, en raison des contraintes présentes dans chaque activité professionnelle, le refus de l'employeur reste justifié par des raisons objectives et pertinentes. On notera toutefois qu'il aurait été astucieux et prévoyant de trouver des solutions pour pallier à cette différence de traitement, notamment en privilégiant le dialogue social.

Par ailleurs, il n'y a pas que dans le cadre du télétravail que la liberté du consentement a été atteinte. On songe évidemment à l'obligation vaccinale, elle constitue une atteinte exceptionnelle à la liberté fondamentale du consentement libre et éclairé. Pour diminuer la propagation de la COVID-19 et pour préserver la population, les pouvoirs publics ont imposé l'obligation vaccinale, en particulier pour les professionnels de santé. Ces salariés sont en première ligne avec la COVID-19, le but étant de protéger la santé de tous, le gouvernement a donc justifié cette atteinte par la santé publique. Elle s'est également trouvée proportionnée par ce but.

Cependant, différentes décisions émises par les juridictions ont été rendues pour savoir si l'obligation vaccinale est effectivement attentatoire aux libertés individuelles des salariés.

## **Section 2 : L'argument de la protection des salariés justifiant l'atteinte à la liberté de consentement**

L'obligation vaccinale est déjà en place en France, les professionnels de santé sont tenus d'être immunisés contre l'hépatite B, la diphtérie, le tétanos, et la poliomyélite<sup>106</sup>. Décider de rendre obligatoire une vaccination contre la COVID-19 nécessite, outre d'avoir des connaissances étayées sur l'efficacité et la sûreté des vaccins, de faire la balance entre plusieurs droits fondamentaux (la liberté de choix, préservation des personnes, droit à la santé) et des considérations impérieuses de santé publique qui sont nécessaires pour justifier de telles obligations<sup>107</sup>. C'est la raison pour laquelle, les juridictions se sont positionnées sur l'obligation vaccinale afin de déterminer si cette mesure est justifiée et proportionnée au but de santé publique (Paragraphe 1).

---

<sup>106</sup> Haute Autorité de Santé, « Covid-19 : l'obligation vaccinale prévue par la loi est justifiée et son élargissement doit être débattu », le 16/07/2021.

<sup>107</sup> Analyse de la situation sanitaire, de la dynamique de l'épidémie et surtout de l'efficacité anticipée de la mesure.

Afin de faire face aux différentes atteintes au consentement des salariés pendant la crise sanitaire, des protections ont été apportées par le gouvernement et le législateur pour adoucir celles-ci. On songe notamment aux obligations de prévention de l'employeur à l'égard de ses salariés, et bien évidemment à la faute inexcusable en cas de non-respect de ses obligations (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Le rôle des juridictions dans la recherche d'une réponse justifiant l'atteinte au consentement des salariés dans le cadre de l'obligation vaccinale**

Nombre de professionnels concernés par l'obligation vaccinale contre la COVID-19 ont contesté devant les juridictions le principe de cette obligation en invoquant la violation de leurs droits et libertés fondamentaux. S'il ne fait guère de doute que l'obligation vaccinale porte une atteinte aux libertés individuelles, les arguments des requérants n'ont jusqu'alors pas franchi le cap du test de proportionnalité réalisé par les juridictions nationales (A) et la Cour européenne (B).

#### ***A. L'obligation vaccinale, une atteinte au consentement des salariés justifiée par une exigence de santé publique et proportionnée au but recherché selon les juridictions nationales***

Pour rappel, en adoptant l'obligation vaccinale par l'article 12 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021, pour l'ensemble des personnes exerçant leur activité dans les établissements de santé mentionnés à l'article L. 6111-1 du Code de la santé publique, à l'exception de celles y effectuant une tâche ponctuelle, le principe d'une obligation vaccinale à compter du 15 septembre 2021. Le législateur a entendu, dans un contexte de progression rapide de l'épidémie de Covid-19 accompagné de l'émergence de nouveaux variant, et compte tenu d'un niveau encore incomplet de la couverture vaccinale de certains professionnels de santé, garantir le bon fonctionnement des services hospitaliers publics grâce à la protection offerte par les vaccins disponibles et protéger, par l'effet de la moindre transmission du virus par les personnes vaccinées, la santé des malades qui y étaient hospitalisés<sup>108</sup>.

Cette obligation vaccinale ne s'impose pas, en vertu de l'article 13 de la même loi, aux personnes qui présentent un certificat médical de contre-indication ainsi que, pendant la durée de sa validité, aux personnes disposant d'un certificat de rétablissement. Par ailleurs, l'article contesté donne compétence, en son IV, au pouvoir réglementaire, compte tenu de l'évolution de la situation épidémiologique et des connaissances médicales et scientifiques et après avis de la Haute autorité de santé (HAS), pour suspendre cette obligation pour tout ou partie des catégories de personnes qu'elle concerne.

---

<sup>108</sup> Yann Le Foll, « Conformité à la Constitution de l'obligation vaccinale pour les personnes exerçant dans les établissements de santé », Lexbase, article juridique, le 03 février 2022.

Enfin, il ressort des pièces du dossier que la vaccination contre la Covid-19, dont l'efficacité au regard des deux objectifs poursuivis est établie en l'état des connaissances scientifiques, n'est susceptible de provoquer, sauf dans des cas très rares, que des effets indésirables mineurs et temporaires<sup>109</sup>.

Dans ces conditions, l'obligation vaccinale, qui est justifiée par une exigence de santé publique et n'est pas manifestement inappropriée à l'objectif qu'elle poursuit, ne porte pas atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé garantie par le Préambule de la Constitution de 1946. Par ailleurs, il avait déjà été jugé qu'est légale une « loi du pays » de Polynésie française soumettant à obligation vaccinale contre la COVID-19 les personnes exerçant certaines activités ou affectées de certaines comorbidités, en dépit de l'atteinte ainsi portée au droit au respect de l'intégrité physique<sup>110</sup>.

Cependant, le Conseil constitutionnel avait statué en huit jours sur la question de la conformité du projet de loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire à la Constitution. Il avait statué sous une situation d'urgence, ce qui fait que plusieurs analyses juridiques extérieures n'ont pu être concertées, comme celle du libre consentement aux soins. Dès lors, le sujet sur le consentement aux soins c'est révélé absente lors des discussions parlementaires du projet de loi, entraînant ainsi une potentielle atteinte au consentement que pourrait entraîner la mise en place de l'obligation vaccinale.

Il semble possible de s'interroger sur la raison de cette absence, en mettant en avant notamment la situation d'urgence. Par conséquent, l'adoption du projet de loi s'est inscrite dans une politique gouvernementale luttant urgemment contre l'épidémie de COVID-19. Toutefois, cette notion d'urgence a souvent été trop utilisée comme un moyen de justifier la mise en place de certaines mesures attentatoires aux libertés individuelles.

Par ailleurs, saisi en 2015 à propos de l'extension des obligations vaccinales infantiles, le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité d'une telle obligation<sup>111</sup>. Les requérants invoquaient une atteinte au droit à la santé, garanti par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel apprécie l'objectif de la loi (lutter contre des maladies très graves et contagieuses), constate que la politique de vaccination était entourée de garanties légales (possibilité de suspendre l'obligation en fonction de l'évolution de la situation sanitaire, exclusion des hypothèses de contre-indication<sup>112</sup>). De plus, le législateur détient un large

---

<sup>109</sup> Op. cit. Yann Le Foll.

<sup>110</sup> CE, 9<sup>o</sup> et 10<sup>o</sup> ch.-r., 10 décembre 2021, n<sup>o</sup> 456004, publié au recueil Lebon.

<sup>111</sup> Cons. const., 20 mars 2015, n<sup>o</sup> 2015-458 QPC, *Épx L.*, AJDA 2015. 611 ; D. 2015. 687 ; *ibid.* 1919, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.* 2016. 674, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 1461, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano ; AJ fam. 2015. 222, obs. H. Daïmallah ; *ibid.* 192, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RDSS 2015. 364, obs. D. Cristol.

<sup>112</sup> On retrouve ces éléments dans la loi d'août 2021 créant l'obligation vaccinale contre la Covid-19 en milieu

pouvoir d'appréciation lui conférant la capacité de définir une stratégie vaccinale afin de préserver à la fois la santé individuelle et collective. De fait, la propension collective du droit à la protection de la santé doit prévaloir sur sa dimension individuelle.

À son tour, le Conseil d'État, compétent pour apprécier la conventionalité des dispositions du code de la santé publique relatives à l'obligation vaccinale en milieu professionnel au regard des articles 8 (vie privée), 9 (liberté de conscience) et 14 (discrimination) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention EDH), avait pu admettre l'existence d'atteintes à ces droits. Cependant, ces atteintes se sont systématiquement trouvées justifiées par l'existence de considérations de santé publique, expressément visées dans les restrictions prévues par la Convention.

Plus précisément, s'agissant de l'atteinte au droit à la vie privée, le Conseil d'État a pu la considérer justifiée par « l'objectif poursuivi d'amélioration de la couverture vaccinale pour, en particulier, atteindre le seuil nécessaire à une immunité de groupe au bénéfice de l'ensemble de la population et proportionnée au but recherché »<sup>113</sup>.

En définitive, les atteintes causées par la crise sanitaire se trouvent justifiées par une exigence de santé publique et n'est donc pas manifestement inappropriée à l'objectif qu'elle poursuit.

La position de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) s'inscrit d'ailleurs dans la même dynamique protectrice du « groupe » au nom de la solidarité nationale (B).

### ***B. Le raisonnement analogue réalisé par la CEDH justifiant cette atteinte au consentement des salariés***

Pour apprécier la validité de l'obligation vaccinale, la CEDH opère généralement une analyse entre d'un côté, l'intérêt de la santé publique et d'un autre la liberté invoquée par le requérant<sup>114</sup>. Ainsi, si elle admet, par exemple, que l'obligation vaccinale, en tant « *qu'intervention médicale non volontaire, constitue une ingérence dans l'exercice du droit à la vie privée au sens de l'article 8* »<sup>115</sup>, elle considère cette atteinte justifiée lorsqu'elle est prévue par la loi et constitue « une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire [...] à la protection de la santé ».

---

professionnel.

<sup>113</sup> CE, 6 mai 2019, n<sup>os</sup>419442 et 415694, Lebon ; AJDA 2019. 964 ; *ibid.* 2200, note A. Legrand ; RDSS 2019. 562, obs. J. Peigné.

<sup>114</sup> V., J.-P. Markus, Du vaccin obligatoire à l'obligation vaccinale, Dr. fam. 2018. Étude 9.

<sup>115</sup> CEDH, 15 mars 2012, n<sup>o</sup> 24429/03, *Solomakhin c/ Ukraine*, § 36.



Dans un arrêt récent, la CEDH confirme dans un contentieux concernant la République tchèque (dans lequel la France est intervenue), la conventionalité de l'obligation vaccinale infantile. Pour la CEDH, ne porte pas une atteinte injustifiée aux droits des personnes, une obligation vaccinale, qui, selon le consensus général « *existant au sujet de l'importance vitale de ce moyen de protéger la population contre des maladies susceptibles d'avoir de lourdes conséquences pour la santé de l'individu et, en cas de graves poussées épidémiques, de perturber la société* »<sup>116</sup>. Dans cette décision<sup>117</sup>, elle estime que n'est pas « *disproportionné le fait qu'un État exige, de la part de ceux pour qui la vaccination représente un risque lointain pour la santé, d'accepter cette mesure de protection universellement appliquée, dans le cadre d'une obligation légale et au nom de la solidarité sociale* ». Ceci avant de conclure qu'« *il était valablement et légitimement loisible au législateur tchèque d'opérer ce choix, qui est pleinement compatible avec les raisons qui sous-tendent la protection de la santé de la population. L'existence théorique de moyens moins intrusifs qui, selon les requérants, permettent d'atteindre cet objectif ne change rien à cette conclusion* ».

Au regard de cet arrêt et de la compréhension dont fait preuve la CEDH lors de ses arbitrages entre la protection collective et les droits individuels, il paraît raisonnable d'estimer que la conventionalité de l'obligation vaccinale contre la COVID-19 n'est pas en péril. De surcroît, l'argument relatif à l'« absence de recul » sur les vaccins inoculés dans ce contexte paraît insuffisant pour que la législation française échoue au test de proportionnalité<sup>118</sup>, particulièrement si l'on met en perspective le nombre de personnes aujourd'hui vaccinées à l'échelle du monde, l'écoulement du temps depuis les premières vaccinations et l'adhésion majoritaire des instances sanitaires en faveur de la vaccination<sup>119</sup>. Ainsi, la position de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) s'inscrit dans la même dynamique protectrice que les juridictions nationales.

La crise sanitaire a alors incontestablement causé des atteintes aux droits et libertés individuelles du salarié, c'est le cas de son consentement. Pour pallier à cette atteinte, les mesures de prévention déjà instaurées dans l'entreprise se sont renforcées.

---

<sup>116</sup> CEDH, 8 avr. 202, *Vavrika.*, § 300.

<sup>117</sup> Le paragraphe 306.

<sup>118</sup> V., C. Lantero et D. Braunstein, Sur la licéité d'une obligation vaccinale anti Covid-19, RDLF 2021. Chron. 25. V. aussi, pour une approche pédagogique sur le fonctionnement des vaccins, les explications sur la rapidité de leur développement : T. Mignot et Y. Vacher (dir.), Quels types de vaccins contre la Covid-19 ?, sur le site [diffusionlascience.fr](http://diffusionlascience.fr), site soutenu et hébergé par le CNRS.

<sup>119</sup> V. les divers avis de la HAS en ce sens ou les communiqués de presse de l'OMS sur son site.

## **Paragraphe 2 : Une justification nécessitée par la quête d'une protection renforcée des salariés durant la crise sanitaire**

Les employeurs ont un rôle à jouer dans la lutte contre la COVID-19, ils doivent nécessairement respecter leurs obligations de sécurité et de santé envers leurs salariés. En ce sens, puisque le consentement de certains salariés a été atteint, le gouvernement s'est vu renforcée la protection de ces desdits salariés. C'est pourquoi, en application des articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail, l'employeur doit garantir la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Avec l'épidémie de Covid-19, les employeurs doivent donc s'assurer de prendre les mesures nécessaires pour protéger leurs salariés, tant du virus que des risques connexes. Pendant de nombreuses années, cette obligation recevait la qualification d'obligation de résultat.

Par un arrêt « Air France » de la Cour de cassation du 25 novembre 2015<sup>120</sup>, les juges ont amorcé un assouplissement, faisant de celle-ci une obligation de moyen renforcé. Ainsi, dès lors que l'employeur justifie avoir pris toutes les mesures de prévention nécessaires, son obligation de sécurité est respectée. Finalement, les employeurs ont dû prendre des mesures de prévention face au risque épidémique, un risque nouveau et inédit qui touche l'ensemble des secteurs d'activité.

L'employeur dispose ainsi d'une obligation de sécurité et de santé envers ses salariés. Il devra alors prendre toutes les mesures de prévention pour préserver la santé et la sécurité de ses salariés (A). A défaut de méconnaître son obligation de sécurité et de santé vis-à-vis de ses salariés, la faute inexcusable de l'employeur pourrait être admise (B).

### ***A. Une obligation de prévention renforcée face au risque de contamination par la COVID-19***

En premier lieu, les employeurs sont tenus, dans le cadre de l'obligation de sécurité qui leur incombe sur le fondement de l'article L. 4121-1 du Code du travail, de prendre toutes les mesures de prévention appropriées au regard du risque de contamination de leurs salariés par la COVID-19. Cette obligation de sécurité impose à l'employeur de respecter et de faire respecter par ses salariés, les règles de sécurité sanitaire émanant directement par les autorités gouvernementales. Le ministère du Travail a diffusé à cet égard dans le Q&R, régulièrement mis à jour sur son site internet, un ensemble de mesures à respecter par les employeurs en vue d'assurer la santé et la sécurité des salariés. Ces mesures reposent principalement sur le placement en télétravail.

---

<sup>120</sup> Cass. Soc., 25 novembre 2015, n° 14-24-444.

Concernant les salariés dont les fonctions ne le permettent pas, des modifications quant à l'aménagement des postes et l'organisation du travail sont recommandées afin d'assurer le respect des gestes barrières. Ces dispositions incluent des préconisations spécifiques à certaines professions ou situations au travail qui présentent des risques certains de contacts entre les individus (livraison, grande distribution, logistique, travail en caisse, restauration etc.).

L'entreprise a donc en premier lieu l'obligation de mettre en œuvre des mesures de prévention adaptées à sa situation. En effet, c'est variable selon la nature de l'activité et des situations de travail rencontrées par les salariés dans l'entreprise. A cet égard, plusieurs secteurs d'activité ont adopté des guides sectoriels. Ces derniers ont été rédigés de concert entre les organismes syndicaux des branches et soumis à la validation des ministères qui visent à récapituler ces consignes gouvernementales en les adaptant aux spécificités présentées par le secteur<sup>121</sup>.

Au-delà du respect des consignes sanitaires et de sécurité en vigueur, l'obligation de sécurité énoncée aux articles L. 4121-1 à L. 4121-4 du Code du travail impose à l'employeur différentes démarches concrètes visant à assurer la prévention du risque de contamination de la COVID-19 au sein de son entreprise. En effet, on retrouve l'obligation d'évaluation du risque professionnel et ce, en tenant compte du risque sanitaire lié à la pandémie, et transcription dans le document unique d'évaluation des risques (DUE) que l'employeur a l'obligation de mettre à jour en actualisant les risques identifiés et les mesures prises pour y faire face (C. trav., art. R. 4121-1).<sup>122</sup>

Dans le cadre de l'épidémie de COVID-19, le Gouvernement précise que cette actualisation est nécessaire aux motifs, qu'elle permet de prévoir les mesures de préventions et de protections adéquates, qu'elle vise particulièrement à identifier les situations de travail pour lesquelles les conditions de transmission du COVID-19 peuvent se trouver réunies ; qu'elle identifie les risques et les mesures de prévention à mettre en œuvre ; qu'elle anticipe les risques nouveaux générés par la nouvelle organisation du travail et ceux liés au virus<sup>123</sup>.

Dans une affaire récente, la société Amazon a été condamnée à procéder à une évaluation des risques

---

<sup>121</sup> Lamyline, « Les obligations et prérogatives de l'employeur au temps du Covid-19 : entre renforcement, aménagement, suspension ou report », Semaine sociale Lamy, n°1905, 27 avril 2020.

<sup>122</sup> Op. cit. Lamyline

<sup>123</sup> Lamyline, « Covid-19 : l'obligation de sécurité de l'employeur à l'épreuve des tribunaux », Jurisprudence Sociale Lamy, n°501, 8 juillet 2020.

professionnels liés à l'épidémie de coronavirus et à adopter les règles de prévention appropriées, en y associant les représentants du personnel. Cette évaluation doit notamment comporter un volet consacré aux risques psychosociaux, particulièrement élevés dans ce contexte. Or, seuls certains DUER ont été remaniés, et encore a minima et sans consultation des représentants des salariés. En attendant, ils ont été contraints à restreindre leurs activités sous astreinte<sup>124</sup>.

A la suite de l'ordonnance de référé en date du 14 avril 2020, et la décision ferme d'Amazon de fermer ses sites au 16 avril, des démarches ont été entreprises dans chacun des entrepôts concernés (réunions avec les représentants du personnel, intervention de la médecine du travail, recensement des risques par lieu et/ou fonction avec mention des mesures existantes donnant lieu à de nouveaux documents signés par les représentants du personnel, inspection des sites...). Cependant, la cour d'appel de Versailles relève que les travaux en sont encore au stade de l'élaboration, que l'évaluation n'est pas terminée, que les DUER n'ont pas été complètement mis à jour et que le CSE central n'a pas été consulté. Cela confirme une fois de plus l'importance du dialogue social en la matière.

La cour d'appel de Versailles a estimé que la société Amazone, n'a pas pris les mesures suffisantes pour préserver la santé des salariés à l'entrée des sites (utilisation d'un portique tournant par de nombreux travailleurs), dans les vestiaires, lors des interventions d'entreprises extérieures, lors de la manipulation des colis et au regard de la nécessaire distanciation sociale. De même, la société prenait des mesures au jour le jour, sans plan d'ensemble comme l'exigeait le volume très important des travailleurs présents dans chaque entrepôt. Elle niait ainsi les mouvements de masse occasionnés par les rotations de personnel à la prise de chaque service et l'intervention d'entreprises extérieures, notamment les transporteurs routiers. Par ailleurs, Amazon n'a pas davantage respecté son obligation de formation et d'information de ses salariés, mais aussi du personnel intérimaire et des prestataires d'entreprises extérieures intervenant sur les sites<sup>125</sup>.

Dans le contexte actuel de pandémie, le ministère du travail a expressément rappelé qu'il incombe à l'employeur de procéder à l'évaluation des risques encourus sur les lieux de travail qui ne peuvent être évités en fonction de la nature du travail à effectuer. Il est alors important de déterminer, en fonction de cette évaluation, les mesures de prévention les plus pertinentes, d'associer les représentants du personnel à ce travail, et de solliciter, lorsque cela est possible, le service de médecine du travail qui a pour mission de conseiller les employeurs, les travailleurs et leurs représentants.

Et à ce titre, de préconiser toute information utile sur les mesures de protection efficaces, la mise en

---

<sup>124</sup> CA Versailles, RG 20/01193, « Amazon », 24 avril 2020.

<sup>125</sup> CA Versailles 24-4-2020 n° 20/01993, SAS Amazon France Logistique c/ Union syndicale Solidaires.

œuvre des gestes barrières, de respecter et faire respecter les gestes barrières recommandés par les autorités sanitaires.

Ainsi, au vu de ces risques, l'obligation de prévention qui pèse sur l'entreprise apparaît donc bien, à l'heure actuelle, comme renforcée. On le voit également à travers la faute inexcusable de l'employeur notamment lorsque ce dernier ne respecte pas son obligation de santé et de sécurité envers ses salariés.

### ***B. Le risque accru d'engagement de la responsabilité de l'entreprise en cas de manquement à cette obligation de prévention***

Rappelons que l'employeur a une obligation de sécurité et de santé envers ses salariés. Dès lors, s'il ne respecte pas ces différentes mesures en période de crise sanitaire liée à la COVID-19, il expose inévitablement l'entreprise à différents risques contentieux. En effet, compte tenu du fait que la COVID-19 présentent des pathologies grave pouvant aller dans certains cas jusqu'au décès, les risques que l'employeur soit sanctionné sont élevées.

L'obligation de sécurité, si elle ne constitue plus une obligation de résultat imposant l'élimination du risque de contamination par la COVID-19 dans l'entreprise, elle reste néanmoins une obligation de moyens renforcée qui oblige l'employeur à adopter les mesures de prévention de cette maladie. Dès lors, le manquement à cette obligation constitue une possible source de mise en cause de la responsabilité de l'entreprise, au plan civil comme pénal<sup>126</sup>.

D'ores et déjà, des organisations syndicales ont pu engager des actions à l'encontre de certaines entreprises, dont les salariés sont du fait de leur activité particulièrement exposés. En effet, certaines entreprises ont été accusées de ne pas avoir adoptées les mesures de prévention suffisantes contre la COVID-19. On peut citer des plaintes pénales pour homicide involontaire et mise en danger de la vie d'autrui, action civile en référé devant le tribunal judiciaire en vue de faire injonction à l'entreprise d'évaluer les risques et de mettre à jour le DUER en conséquence, voire d'adopter des mesures de protection renforcées<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> Lamyline, « Les obligations et prérogatives de l'employeur au temps du Covid-19 : entre renforcement, aménagement, suspension ou report », Semaine sociale Lamy, n°1905, 27 avril 2020.

<sup>127</sup> Op. cit. Lamyline

Pour s'en tenir aux décisions rendues en référé, elles témoignent à cet égard d'une position sévère des juridictions, qui rapproche l'obligation de prévention pesant sur l'employeur d'une obligation de résultat. Toutefois, au regard des différents moyens de protection (gel hydroalcoolique, masques...), ils ne sont pas toujours disponibles, l'obligation de prévention impartie à l'employeur est alors difficile à remplir. C'est également sur le plan des accidents du travail et maladies professionnelles que le manquement à ces obligations de prévention risque d'être invoqué à l'encontre des entreprises, comme caractérisant une faute inexcusable, laquelle permet au salarié ou ses ayants droit en cas de décès d'obtenir des réparations complémentaires (majoration de rente et indemnisation des préjudices personnels)<sup>128</sup>. Une telle action supposera la reconnaissance préalable du caractère professionnel de la contamination à la COVID-19, qui sera discutable par l'employeur, dès lors que la COVID-19 est une maladie contagieuse susceptible d'avoir été contractée à tout moment et en tout lieu, donc pas d'obligation que ça soit au temps et au lieu du travail<sup>129</sup>.

La qualification d'accident du travail peut paraître inappropriée dans la mesure où elle se caractérise par un événement accidentel intervenu à une date certaine, ce qui exclut en principe les maladies contagieuses telles la COVID-19 dont l'origine et la date de contamination ne présentent, en période de pandémie, aucun caractère certain. Quoi qu'il en soit, dès lors qu'un salarié ayant contracté la COVID-19 demande la reconnaissance d'un accident du travail, l'employeur a l'obligation de transmettre la déclaration à la CPAM dans les 48 heures. Toutefois, il peut toujours formuler des réserves. En effet, il peut par exemple souligner que la contamination ne se rapporte à aucun fait précis invoqué par le salarié, et qu'aucun autre salarié avec lequel il travaille ne présente des symptômes de la maladie<sup>130</sup>.

Par ailleurs, si l'employeur n'a pas fait respecter les consignes sanitaires du gouvernement, n'a pas mis à jour le DUER ou n'a pas fourni à ses salariés les moyens de prévention requis, ou encore n'a pas réagi rapidement en présence d'une personne présentant les symptômes de la maladie et a laissé les autres salariés travailler à ses côtés sans appliquer les mesures d'isolement, de nettoyage des lieux de travail et d'information des personnes en contact étroit avec le malade, conformément aux préconisations des autorités publiques, les conditions de reconnaissance de la faute inexcusable pourraient se trouver remplies<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> Lamyline, « Covid-19 : quelle responsabilité civile de l'employeur ? », Les cahiers du DRH, n°276, 1<sup>er</sup> juin 2020.

<sup>129</sup> Op. cit. Lamyline, 1<sup>er</sup> juin 2020.

<sup>130</sup> Juritravail, « Accident du travail : quelle prise en charge et à quelles conditions », 6 mai 2022.

<sup>131</sup> Lamyline, « Les obligations et prérogatives de l'employeur au temps du Covid-19 : entre renforcement, aménagement, suspension ou report », Semaine sociale Lamy, n°1905, 27 avril 2020.

De plus, la faute inexcusable sera présumée si le salarié a exercé son droit de retrait en raison d'une situation de travail l'exposant au risque de contamination par la COVID-19 et que le risque s'est réalisé dans les conditions requises pour que soient reconnus un accident du travail ou une maladie professionnelle.

Ainsi, en cas de manquement aux obligations de l'employeur, ce dernier peut être sanctionné. Il en résulte alors pour le salarié d'une véritable protection.

En définitive, le consentement du salarié s'est trouvé écarté dans plusieurs décisions du gouvernement. Ce choix d'imposer des mesures aux salariés que ça soit dans le cadre du télétravail ou dans la vaccination obligatoire, elles ont été prises pour sauvegarder la santé de tous et de lutter contre l'épidémie COVID-19. La pandémie de COVID-19 est à la fois contagieuse et mortelle pour la population. Une vaccination contre le coronavirus a permis de se protéger et de diminuer la propagation du virus<sup>132</sup>. Ainsi, ces décisions peuvent se justifier dans un contexte de crise sanitaire à condition que cela soit nécessaire pour protéger la santé publique.

Dans la continuité des mesures prises par le gouvernement, les employeurs ont dû être vigilant sur la santé et la sécurité de leurs salariés. Il se peut que ces acteurs aient au titre de leurs obligations instaurés des dispositifs de surveillance de la santé des salariés, et parfois récolter des informations confidentielles liées à leur vie privée et à leur santé, pourtant attentatoires à leurs libertés individuelles. Le consentement du salarié étant écarté durant la crise, la vie privée se trouve menacée en dépit du fait que ces deux libertés soient étroitement liées. Si l'une est atteinte, l'autre l'est certainement aussi.

---

<sup>132</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, l'obligation vaccinale, publié le 18.08.2021 et mis à jour le 19.07.2022.

## **CHAPITRE 2 : Une atteinte à la vie privée des salariés et de leurs données de santé durant la pandémie justifiée et proportionnée au but de santé publique**

Durant le déconfinement, les employeurs ont pu être tentés, au titre de mesures de prévention des contaminations à la COVID-19 sur le lieu de travail, d'instaurer des dispositifs de surveillance de la santé des salariés, pourtant attentatoires à la protection de leur vie personnelle<sup>133</sup>.

Dans le cadre du télétravail, rappelons-le, le gouvernement a imposé ce dispositif pour sauvegarder la santé de tous<sup>134</sup>. Cependant, la vie privée et la vie professionnelle du salarié en télétravail reste illusoire. Il est certain que le télétravailleur soit plus performant dans son travail, cependant le lieu de travail devenant son domicile, la vie personnelle et privée est impactée alors que chacun a droit au respect de sa vie privée<sup>135</sup>. La notion de vie personnelle du salarié, instituée au fil des ans par les tribunaux, va plus loin que la simple vie privée. En effet, elle comprend d'une part, cette dernière et d'autre part, toutes les activités publiques que l'intéressé peut entreprendre à titre personnel<sup>136</sup>. En d'autres termes, la vie personnelle concerne tous les faits et gestes du salarié accomplis en dehors de sa vie professionnelle, y compris pendant les périodes de suspension du contrat de travail. Dès lors, il faut distinguer une dimension personnelle d'une dimension professionnelle. Le salarié doit trouver un certain équilibre entre la sphère personnelle et professionnelle sans que l'une n'empiète trop sur l'autre afin de préserver les intérêts propres à chaque sphère<sup>137</sup>.

Par ailleurs, le thème des données personnelles du salarié en temps de COVID-19 sera abordé car certaines données ont été collectées dans le cadre de la COVID-19. L'état de santé d'une personne relevant de sa vie privée, l'employeur ne peut pas en principe exiger du salarié qu'il lui communique des informations sur son état de santé<sup>138</sup>. S'il en est informé, il est tenu à une obligation de discrétion et ne peut pas divulguer de telles informations confidentielles<sup>139</sup>.

---

<sup>133</sup> Éditions Francis Lefebvre, Dossier spécial Coronavirus (Covid-19), Juin 2020 – Page 8.

<sup>134</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19, mis à jour le 16.03.2022.

<sup>135</sup> C. civil, art. 9.

<sup>136</sup> [www.ladissertation.com](http://www.ladissertation.com), Droit du Travail : définition de vie personnelle et quelles en sont les dimensions ?, 4/12/2013.

<sup>137</sup> Op.cit. Dissertation.

<sup>138</sup> Éditions Francis Lefebvre, Dalloz, Coronavirus (Covid-19) : Comment concilier la protection de la santé des salariés et celle de leurs données de santé ?, publié le 04/06/2020.

<sup>139</sup> Éditions Francis Lefebvre, Dalloz, Coronavirus (Covid-19) : Comment concilier la protection de la santé des salariés et celle de leurs données de santé ?, publié le 04/06/2020.



En tout état de cause, les informations relatives à la santé des personnes bénéficient d'une protection particulière et ne peuvent, sauf exception, pas faire l'objet d'un traitement. Dès lors, si les atteintes portées à la vie privée ne sont pas justifiées et ni proportionnée à un but précis, alors ces atteintes à la vie privée seront strictement sanctionnées par la loi et seront passibles de sanctions pénales.

Pour lutter contre la propagation de la COVID-19, des dispositifs numériques ont été également développés. La France a élaboré une application TousAntiCovid qui permet de rechercher des contacts déployés dans le cadre de la pandémie de COVID-19 en France et destinée initialement à avertir d'une éventuelle transmission avec une personne infectée. Le projet est lancé par le gouvernement français et piloté par l'équipe Privatics de l'Institut national de recherche en informatique et en automatique (Inria)<sup>140</sup>. La question qui se pose nécessairement est de savoir si cette application est une atteinte à la vie privée ? En comparaison avec des pays étrangers, ils ont utilisé des dispositifs poussés de surveillance et de collecte de données sur la vie privée des salariés, impactant ainsi les libertés individuelles des personnes.

Dès lors, il conviendra de se poser la question suivante : Est-ce que les atteintes portées à la vie privée des salariés en temps de COVID-19 sont justifiées par la situation sanitaire et proportionnées au but recherché ?

Dès lors à travers deux sections, deux grandes idées seront analysées. D'une part, dans une première section, le dispositif du télétravail a atteint la vie privée du salarié. Cependant, cette atteinte était justifiée et proportionnée par le but suivi par le gouvernement, à savoir la protection de tous durant la crise sanitaire. Des protections ont également été mis en place pour adoucir cette atteinte, on pense notamment au droit de déconnexion. Toutefois, le risque avec le télétravail, c'est que l'employeur surveille le salarié, parfois de façon excessive. L'employeur ne peut pas agir de la sorte, quand bien même il a un pouvoir de direction.

Enfin, le dernier point abordé à travers cette section, sera également de démontrer que l'employeur ne peut pas utiliser ses pouvoirs dans le cadre de la prise de température de ses salariés. Il a certes une obligation de sécurité et de santé envers ses salariés, mais la prise de température sans le consentement des salariés est une atteinte à la vie privée et à la santé de ces dédits salariés (Section 1).

---

<sup>140</sup> Wikipédia, Encyclopédie libre, TousAntiCovid, 2020.

D'autre part dans une seconde section, il conviendra de s'attarder sur les données collectées dans le cadre de la COVID-19. Dans un premier temps, les informations demandées par l'employeur doivent respecter le secret médical et la vie privée du salarié. Si l'employeur demande des informations personnelles du salarié, elles devront nécessairement être justifiées et proportionnées au but de santé publique. En effet, la collecte des données personnelles du salarié est encadrée afin que la vie privée ne soit pas atteinte. Enfin, il sera fait une analyse sur les pays étrangers. Il sera intéressant de comparer la France avec d'autres pays sur les différents dispositifs numériques qui ont pu être mis en place (Section 2).

### **Section 1 : Des mesures gouvernementales attentatoires à la vie privée justifiées et proportionnées aux enjeux de préservation du droit à la santé**

Tout d'abord, le télétravail a été imposé par le gouvernement pour préserver la santé de tous. Ce dispositif a atteint considérablement la vie privée des télétravailleurs puisque le salarié travaille à son domicile. C'est la raison pour laquelle il conviendra de s'intéresser à cette atteinte, à savoir si elle est justifiée et proportionnée au but de santé publique (Paragraphe 1).

Ensuite, il s'agira de constater que l'employeur pourrait être tenté d'utiliser son pouvoir de direction de façon excessive. C'est pourquoi, il est essentiel de démontrer que le pouvoir de direction de l'employeur a ses limites. De la même manière, si l'employeur restreint les libertés individuelles de ses salariés dans le cadre de ses pouvoirs, il faudra nécessairement que cette atteinte soit justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi (Paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : Une atteinte justifiée à la vie privée du salarié dans le cadre du télétravail en période Covid et proportionnée au but de santé publique**

En premier lieu, depuis la mise en place du télétravail pendant la COVID-19, l'immixtion dans la vie privée s'est accentuée. Des atteintes sur la vie privée ont été subies en raison de la crise sanitaire, à savoir désormais si ces atteintes sont justifiées et proportionnées au but poursuivi (A). Après cela, le droit à la déconnexion est un droit primordial pour préserver la vie privée du télétravailleur. Une protection pour le salarié dans le cadre de sa vie privée et sa vie professionnelle (B).

### ***A. Une frontière nébuleuse entre vie professionnelle et vie privée dans le cadre du télétravail durant la crise***

Le domicile est la sphère d'intimité de chaque salarié, de sorte que le télétravail constitue une immixtion dans la vie privée du salarié. C'est la raison pour laquelle la mise en place du télétravail a toujours reposé sur le volontariat. Bien avant sa consécration légale, la Cour de cassation considérait déjà que « *l'occupation, à la demande de l'employeur, du domicile du salarié à des fins professionnelles constitue une immixtion dans la vie privée de celui-ci et n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail* » de sorte que le salarié n'est tenu « *ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail* »<sup>141</sup>. L'employeur ne peut, sans porter atteinte à la vie privée du salarié, imposer à ce dernier un passage au télétravail. Même si l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 a cherché à faciliter la mise en place du télétravail, l'accord du salarié est toujours requis, et ce alors même que le télétravail ne rime pas toujours avec travail à domicile. Quid du télétravail mis en place pendant la crise sanitaire liée à la pandémie de la COVID-19 ? Il est prévu, rappelons-le, qu'« *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* »<sup>142</sup>. L'accord du salarié n'est donc pas nécessaire en cas de circonstances exceptionnelles.

Or le fait que le consentement du salarié ne soit pas requis pour la mise en place du télétravail, cela atteint considérablement sa vie privée. En effet, le *domicile*, élément de la vie privée, devient le lieu de travail en période de COVID-19. En travaillant à domicile, chez lui, le télétravailleur fait entrer la sphère professionnelle dans son espace intime. Avec le télétravail, l'immixtion dans la vie privée est accentuée. Cependant, chacun a droit au respect de sa vie privée selon l'article 9 du Code civil. Les textes sont nombreux et divers. Par exemple en droit du travail, la Cour de cassation a construit une abondante jurisprudence qu'elle ne cesse encore de consolider et d'étoffer<sup>143</sup>. Il en découle aujourd'hui que tout salarié a droit au respect de sa vie privée à la fois dans et hors de l'entreprise<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> Soc. 7 avr. 2010, no 88-44.865, Bull. civ. V, no 86. – Dans le même sens : Soc. 2 oct. 2001, no 99-42.727, Bull. civ. V, no 292 ; D. 2002. 768, obs. Mercat-Bruns ; D. 2002. 2297).

<sup>142</sup> C. trav., art. L. 1222-11.

<sup>143</sup> Cass. Civile, Chambre sociale, 10 mars 2021, 19-16.237 19-16.238 19-16.239 19-16.240 19-16.241 19-16.242, Inédit.

<sup>144</sup> Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42942 : Bull. civ. V, n° 291 ; RJS 2001, n° 1394 ; Dr. soc. 2001, p. 915, obs. Ray J.-E. ; JCP G 2002, II 10035, note Corrigan-Carsin D. ; RJS 2001, p. 940, note Favennec-Héry F.

Dès lors, ce caractère intrusif du télétravail ne remet pas en cause l'obligation faite à l'employeur de respecter la vie privée du salarié. C'est la raison pour laquelle le travail à domicile<sup>145</sup> ne retire pas au domicile du salarié son caractère privé. L'employeur ne peut donc en aucun cas pénétrer au domicile du télétravailleur sans l'accord de celui-ci, sous peine de sanctions civiles<sup>146</sup> ou pénales<sup>147</sup>. Néanmoins, l'employeur n'est pas exonéré de ses obligations relatives à la protection de la santé et de la sécurité du télétravailleur au seul motif que le salarié exerce son activité en dehors des locaux de l'entreprise.

On comprend alors que le télétravail empiète considérablement sur la vie privée du salarié. La frontière est relativement floue entre sa vie privée du salarié et sa vie professionnelle. Le caractère exceptionnel de cette atteinte susceptibles d'être portées à sa vie privée relève de l'article L. 1121-1 du Code du travail, puisque « *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* ». Le fait d'avoir imposé le télétravail au salarié, ne se justifie que dans des situations aussi rares qu'exceptionnelles, telle que la COVID-19. Cette atteinte est proportionnée au regard de la propagation du virus à travers le monde, cette décision permet de préserver la santé de tous. Par ailleurs pour pallier à cette atteinte, de nouveaux lieux de télétravail ont émergé, tels les espaces de co-working<sup>148</sup>. Ces différents lieux dédiés au travail peuvent être une solution à divers inconvénients générés par le télétravail tout en limitant les risques d'atteinte à la vie privée et personnelle du salarié.

Cependant, cette atteinte peut être également adoucie notamment par le respect au droit à la déconnexion.

---

<sup>145</sup> Cf. Chapitre 1.

<sup>146</sup> C. civil, art. 9.

<sup>147</sup> Marc Dumas, Caroline Ruiller, « Le télétravail : les risques d'un outil de gestion des frontières entre vie personnelle et vie professionnelle », Revue, Cairn info, Management & Avenir 2014/8 (N° 74).

<sup>148</sup> Le plus souvent, il s'agit de travailleurs indépendants.

## ***B. Le droit à la déconnexion, une réponse efficace pour dissocier vie privée et vie professionnelle du salarié en télétravail***

En premier lieu, le droit à la déconnexion est le droit pour un salarié de ne pas être en permanence joignable pour des motifs liés à l'exécution de son travail<sup>149</sup>. Ce droit lui assure ainsi la possibilité, en dehors de ses heures de travail, de se couper temporairement des outils numériques lui permettant d'être contacté dans un cadre professionnel (smartphone, internet, email, etc.), selon des modalités définies à l'échelle de l'entreprise<sup>150</sup>.

Par principe, un salarié peut organiser son travail de façon autonome. Dès lors, pendant la crise sanitaire, le salarié travaillant à distance peut se convaincre qu'il peut exécuter ses missions en tout temps. Or, le télétravailleur pourrait aisément se détacher des horaires stipulés dans son contrat de travail en raison de l'accomplissement de sa prestation de travail à distance. C'est pourquoi le respect des durées maximales de son temps de travail et ses durées minimales de repos peuvent être rompus au profit des tâches professionnelles. Il est donc impératif de fixer des limites claires.<sup>151</sup> Pour mémoire, les bases du droit à la déconnexion sont posées par la loi El Khomri<sup>152</sup>. Il appartient alors aux entreprises de mettre en place le dispositif nécessaire mais aussi aux salariés de s'astreindre à respecter les règles<sup>153</sup>.

Le droit à la déconnexion doit pouvoir garantir aux télétravailleurs pendant la Covid-19, un équilibre psychologique satisfaisant<sup>154</sup>. Introduit par la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels<sup>155</sup>, le droit à la déconnexion<sup>156</sup> doit permettre aux salariés de ne pas se connecter à leurs outils numériques professionnels en dehors de leur temps de travail<sup>157</sup> et ainsi de limiter l'intrusion numérique en dehors du temps normal de travail. Cependant, avec le confinement, la charge de travail s'est vue accentuée, « *La frontière entre la vie professionnelle et la vie personnelle n'est plus aussi nette* », souligne le psychologue du travail et auteur Adrien Chignard. Ce constat n'est pas sans conséquence puisque cela génère une « surcharge de travail »<sup>158</sup>.

---

<sup>149</sup> Adequate technologies, Votre droit à la déconnexion, publié en juin 2022.

<sup>150</sup> Op. cit. droit à la déconnexion.

<sup>151</sup> V. *infra*, II, plages horaires et déconnexion.

<sup>152</sup> Challenges, Comment concilier télétravail et droit à la déconnexion, par Agathe Beaujon, le 08/07/2020

<sup>153</sup> Op. cit. Challenges.

<sup>154</sup> Le télétravail dans les grandes entreprises, mai 2012.

<sup>155</sup> Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017.

<sup>156</sup> Ray J.-E., « Grande accélération et droit à la déconnexion », Dr. soc. 2016, p. 912 ; Loiseau G., « La déconnexion », Dr. soc. 2017, p. 463.

<sup>157</sup> Schwartz J., « Les dispositifs de mise en œuvre du droit à la déconnexion ».

<sup>158</sup> Julia Kadri, « Télétravail en confinement : « on ne s'arrête jamais de bosser, c'est pire qu'avant », Marie claire

En effet, le fait que les salariés se retrouvent à leur domicile pour travailler, la pandémie de COVID-19, et le confinement qu'elle a entraîné, ont pu modifier les relations intrafamiliales. Si la majorité des enquêtés n'observent pas de changement significatifs, 10 % des Français confinés avec enfant(s) déclarent que leurs relations avec ces derniers se sont dégradées<sup>159</sup>. C'est le cas de 15 % de ceux qui travaillent à domicile pendant la 7<sup>e</sup> semaine du confinement<sup>160</sup>. La dégradation des relations avec les enfants apparaît ainsi liée à la surcharge professionnelle résultant de la pandémie. Pour les protéger des pratiques intrusives potentielles<sup>161</sup>, et afin de garantir les repos obligatoires, de nombreux accords ont été conclus afin de mieux accompagner la transition numérique<sup>162</sup>. L'ANI du 26 novembre 2020<sup>163</sup> le rappelle lorsqu'il indique que la mise en place du télétravail doit prendre en compte le droit à la déconnexion, dans la mesure où ce dernier « *a pour objectif le respect des temps de repos et de congé ainsi que la vie personnelle et familiale du salarié. C'est le droit pour tout salarié de ne pas être connecté à un outil numérique professionnel en dehors de son temps de travail* » (art. 3.1.3) La vie personnelle du salarié, télétravailleur, doit en effet être sauvegardée<sup>164</sup>.

Le droit à la déconnexion est adossé à l'utilisation du numérique. Dans d'autres pays, le législateur mais surtout les juridictions, l'appréhendent de façon plus compréhensive comme toute forme de suspension ou d'éloignement temporaire de l'activité professionnelle, avec ou sans numérique. Les exigences associées à la santé mentale, à l'équilibre psychologique du salarié imposent de savoir prendre de la distance d'avec le travail<sup>165</sup>. Pour Jean-Emmanuel Ray, notre droit à la déconnexion est pour l'instant unique au monde, a fait beaucoup de bruit à l'étranger, mais aussi provoqué nombre de débats dans les entreprises françaises concernées. Un grand nombre d'accords ont alors été signés relatifs au droit à la déconnexion. La plupart précisent que les salariés sollicités sur des temps de repos ou de congés n'ont pas l'obligation de lire ni de répondre aux mails<sup>166</sup>. Ils ne pourront être sanctionnés en conséquence. Certains proposent des dispositifs de régulation.

---

<sup>159</sup> Business O féminin, Emploi, télétravail et conditions de travail : les femmes ont perdu à tous les niveaux pendant le Covid-19, 06/07/2020.

<sup>160</sup> Op. cit. Business O féminin

<sup>161</sup> Accord, 27 sept. 2016, portant sur l'accompagnement de la transformation numérique chez Orange, qui propose des journées sans emails (Liaisons sociales, n° 17172) ; accord Crédit agricole, 1<sup>er</sup> mars 2017 (Liaisons sociales, n° 17301, 5 avr. 2017) ; accord à la MAIF, relatif à la qualité de vie, 12 avr. 2017 (Liaisons sociales, n° 17335, 30 mai 2017).

<sup>162</sup> Rapp. Mettling, 15 sept. 2015, sur la transition numérique (Liaisons sociales, n° 16915, 17 sept. 2015).

<sup>163</sup> ANI du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail

<sup>164</sup> Bernard Gauriau, « Zoom sur le droit à la déconnexion », Les Cahiers Lamy du CSE, N°125, 01/06/2021

<sup>165</sup> Op. cit. Lamy

<sup>166</sup> Liaisons sociales quotidien, N°17525, Avec le droit à déconnexion Saint Maclou entend assurer le bien-être de ses salariés, le 07/03/2018

Par exemple, entre 20 heures et 7 heures, un mail est automatiquement envoyé aux émetteurs et aux destinataires<sup>167</sup>. Dans certains cas, une analyse des connexions est envisagée afin de détecter les situations anormales pour tenter d'y remédier. Mais plus fondamentalement et pour faire face à un environnement nouveau parce que généralisé, l'employeur aura l'obligation d'adapter son pouvoir de contrôle d'une part sur le temps de travail et d'autre part sur le suivi de la charge de travail et l'organisation de celle-ci par le télétravailleur.

En sommes, l'employeur devra se poser deux questions essentielles et aujourd'hui résolument incontournables. D'une part, les télétravailleurs de l'entreprise en temps de COVID-19 exercent-ils effectivement leur droit à la déconnexion ? D'autre part, n'y a-t-il pas une certaine ambivalence entre le télétravail et le respect de la vie privée ?

Ainsi, le télétravail a engendré une atteinte à la vie privée du salarié. On a constaté que cette atteinte était justifiée et proportionnée par le but de santé publique. Mais qu'en est-il de la surveillance accrue de l'employeur sur le salarié en télétravail ? Porte-t-il atteinte à sa vie privée ? La même question se pose pour le contrôle de la température en entreprise.

## **Paragraphe 2 : Un pouvoir de direction limité pour l'employeur préservant la vie privée du salarié durant la crise sanitaire**

En premier lieu, les employeurs doivent être rester vigilent sur différents enjeux du télétravail, à savoir sur la surveillance du salarié en télétravail. L'employeur conserve le pouvoir d'encadrer et de contrôler l'exécution des tâches confiées à son salarié. Or, son pouvoir ne doit pas être exercé de manière excessive (A). De même en ce qui concerne le contrôle de la température pour entrer dans les locaux de l'entreprise, cette pratique est interdite. La prise de température en entreprise doit respecter la vie privée des salariés. Dès lors, si l'employeur exerce cette prise, elle devra être justifiée et proportionnée à l'objectif recherché (B).

---

<sup>167</sup> Accord Crédit agricole, 1 er mars 2017 (Liaisons sociales, n° 17301, 5 avr. 2017)

## ***A. L'encadrement des dispositifs de surveillance dans le cadre du télétravail réduisant le risque d'atteinte à la vie privée du salarié***

En 2022, la CNIL<sup>168</sup> s'est donnée pour thématique prioritaire le contrôle de la surveillance des salariés en télétravail en période de Covid-19<sup>169</sup>. Le recours au télétravail massif ces deux dernières années a entraîné le développement d'outils spécifiques. Parmi-eux, figurent ceux permettant aux employeurs d'assurer un suivi étroit des tâches et activités quotidiennes des travailleurs<sup>170</sup>. Bien que la CNIL assure à ce jour n'avoir reçu aucune plainte sur le sujet, la surveillance des salariés est pour elle un sujet de contrôle régulier et le télétravail accroît les risques en la matière<sup>171</sup>. Ce mode d'organisation du travail pose aussi des difficultés nouvelles en termes de protection des données<sup>172</sup>. *« Lorsque le salarié utilise des équipements informatiques personnels dans un contexte professionnel, l'employeur n'a pas la maîtrise sur les mesures de sécurité »*, explique Éric Delisle, chef du service des questions sociales et RH de la CNIL, comme par exemple l'utilisation ou non d'un pare-feu, d'un antivirus...<sup>173</sup>

Or, la réglementation en matière de protection des données personnelles exige un niveau de sécurité et de confidentialité des données à caractère personnelle analogue, quel que soit l'équipement utilisé<sup>174</sup>. L'employeur est responsable de la sécurité des données personnelles de son entreprise. Par ailleurs, s'il est en principe libre d'accéder aux données présentes sur l'équipement professionnel confié au salarié, qui sont présumées avoir un caractère professionnel, il en va autrement des données figurant sur l'équipement personnel de ses employés<sup>175</sup>. La CNIL recommande donc à minima l'édition d'une charte de sécurité dans le cadre du télétravail ou encore un socle de règles minimales à respecter. Elle suggère aussi de communiquer ce document aux salariés suivant le règlement intérieur, ainsi que d'équiper tous les postes de travail des salariés d'un pare-feu, d'un anti-virus et d'un outil de blocage de l'accès aux sites malveillants<sup>176</sup>.

---

<sup>168</sup> La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) de France est une autorité administrative indépendante française. La CNIL est chargée de veiller à ce que l'informatique soit au service du citoyen et qu'elle ne porte atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques. Elle exerce ses missions conformément à la loi no 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée notamment en 2004 et en 2019.

<sup>169</sup> Lexbase, CNIL, « Contrôle de la CNIL en matière de télésurveillance pour l'année 2022 », le 15/02/2022.

<sup>170</sup> Jean-Marc Jauffret, Avocat, « Surveillance des télétravailleurs par l'employeur : une thématique de contrôle prioritaire en 2022 pour la CNIL », Village justice, paru le 21/02/2022.

<sup>171</sup> Sabine Izard, « La CNIL renforce ses contrôles en matière de télétravail », Semaine Social Lamy, N°1992, le 21/03/2022.

<sup>172</sup> Op. cit. Sabine Izard

<sup>173</sup> Op. cit. Sabine Izard

<sup>174</sup> Op. cit. Sabine Izard

<sup>175</sup> Sygnature, Fin du télétravail obligatoire, 2022.

<sup>176</sup> Op. cit. Sabine Izard



Le recours massif au télétravail en période pandémique pose également la question du contrôle des salariés. La CNIL vérifiera notamment lors de ses contrôles si l'employeur fait usage d'outils interdits comme les *keyloggers* (logiciels qui permettent d'enregistrer l'ensemble des frappes au clavier effectuées par une personne sur un ordinateur) ou encore l'enregistrement de manière continue du travail des salariés aux fins de contrôler leur productivité ou leur présence au poste de travail, explique Benjamin Vialle, chef du service des contrôles-RH, santé, affaires publiques de la CNIL<sup>177</sup>. Dans ce domaine, l'article L. 1121-1 du Code du travail pose un principe de proportionnalité. L'employeur doit justifier que les dispositifs mis en œuvre sont strictement proportionnés à l'objectif poursuivi et ne portent pas une atteinte excessive au respect des droits et libertés des salariés, particulièrement le droit au respect de leur vie privée. En l'espèce, l'employeur ne peut donc placer ses salariés sous surveillance permanente et ce, que les salariés soient placés en télétravail ou non.

Conformément tant au Code du travail qu'au RGPD, l'employeur est également soumis à une obligation de loyauté envers ses salariés. Il doit également informer préalablement l'ensemble des salariés, des méthodes et techniques d'évaluation professionnelle, qui doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie, ainsi que de toute information le concernant personnellement. Le CSE<sup>178</sup> doit être consulté et le traitement des données issu de tels dispositifs doit être porté au registre des traitements et faire le cas échéant l'objet d'une analyse d'impact. Le CSE doit également être informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur « *L'introduction de nouvelles technologies, tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail* »<sup>179</sup>.

Ainsi, le télétravail n'étant qu'une modalité d'organisation de travail, l'employeur conserve, au même titre que lorsque le travail est effectué en entreprise, le pouvoir d'encadrer et de contrôler l'exécution des tâches confiées à son salarié. Néanmoins, ce pouvoir ne saurait être exercé de manière excessive. Les libertés fondamentales du télétravail sont respectées si et seulement si l'employeur justifie que les dispositifs mis en œuvre sont strictement proportionnés à l'objectif poursuivi et ne portent pas une atteinte excessive au respect des droits et libertés des salariés, particulièrement le droit au respect de leur vie privée.

---

<sup>177</sup> Sabine Izard, « La CNIL renforce ses contrôles en matière de télétravail », Semaine Social Lamy, N°1992, le 21/03/2022.

<sup>178</sup> Un comité social et économique est une instance représentative du personnel qui succède aux anciennes instances représentatives suivantes : délégués du personnel, comité hygiène sécurité et conditions de travail et comité d'entreprise, progressivement à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018

<sup>179</sup> C. trav., art. L. 2312-8

Cette analyse rejoint également celle concernant la prise de température des salariés en entreprise. Quand bien même, l'employeur dispose d'une obligation de sécurité et de santé envers ses salariés, la prise de température reste une atteinte à la vie privée et à la santé du salarié.

***B. La prohibition des prises de températures des salariés en raison de l'atteinte non-justifiée à la vie privée et de la disproportion en enjeux de santé publique***

Le protocole établit une procédure de prise en charge des personnes symptomatiques notamment l'isolation d'une personne dans une pièce dédiée, application des gestes barrières<sup>180</sup>. Mais en ce qui concerne le contrôle de température des établissements, ceci est fortement déconseillé. En effet, il est recommandé à toute personne de mesurer elle-même sa température. Toutefois, il est possible pour les entreprises d'organiser un contrôle de la température des personnes entrant dans l'entreprise, sous certaines conditions. En ce sens, le contrôle doit respecter les dispositions du Code du travail, il doit être proportionné à l'objectif recherché et offrir toutes les garanties requises aux salariés telle que l'information préalable, absence de conservation des données etc. Dans tous les cas, le salarié est dans son droit de refuser le contrôle de température<sup>181</sup>.

De surcroît, en cas de refus par un salarié de se soumettre à un relevé de température en temps de Covid, ne devraient pas pouvoir être considérés comme un comportement fautif sanctionnable. Dès lors, si l'employeur, devant ce refus, ne laisse pas le salarié accéder à son poste, il peut être tenu de lui verser le salaire correspondant à la journée de travail perdue. En effet, le salarié a le droit de refuser de se soumettre à une telle atteinte à ses droits et libertés<sup>182</sup>.

En revanche, si le pouvoir de contrôle de l'employeur sur les informations relatives à la santé des salariés est limité, rappelons que l'employeur conserve tout de même son pouvoir disciplinaire. A cet égard, le contrôle du respect par les salariés des mesures de prévention adoptées dans l'entreprise en vue de lutter contre la propagation du virus, telles les mesures de distanciation physique, de limitation du nombre de personnes dans certains espaces, d'obligation du port de masque, relèvent de ses obligations classiques en matière de protection de la sécurité des salariés.

---

<sup>180</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19, mis à jour le 16.03.2022.

<sup>181</sup> Lamyline, « Mesures visant à assurer la protection et la santé des salariés fixées par le protocole sanitaire », février 2022.

<sup>182</sup> Op.cit. Lamyline

Le non-respect par un salarié de ces consignes, dès lors qu'elles ont été portées à sa connaissance, est un comportement fautif que l'employeur peut sanctionner, à l'instar du refus d'un salarié de porter des équipements de protection nécessaires à l'exercice de son activité<sup>183</sup>. Si un contrôle de température est mis en place par l'employeur, il est nécessaire que celui-ci fasse l'objet d'une note de service ajoutée au règlement intérieur, par respect de l'article L. 1321-5 C. Trav. Ledit texte autorise une application immédiate des obligations relatives à la santé et à la sécurité avec communication simultanée au secrétaire du CSE ainsi qu'à l'inspection du travail<sup>184</sup>.

Cependant, cette exigence doit être proportionnée à l'objectif recherché. En tout état de cause, doit-on accepter que l'employeur impose à chaque salarié, à son arrivée dans l'entreprise, de se soumettre à une prise de température ou à lui communiquer un relevé de température effectué à son domicile (47) ? Le ministère du Travail a d'abord semblé ne pas l'exclure (48). Était ainsi soutenu que « *les entreprises, dans le cadre d'un dispositif de mesures de précaution, peuvent mettre en œuvre un contrôle systématique de la température des personnes entrant sur leur site. Elles doivent alors respecter les dispositions du code du travail, en particulier celles relatives au règlement intérieur, être proportionnées à l'objectif recherché et offrir toutes les garanties requises aux salariés concernés tant en matière d'information préalable, de conservation des données que des conséquences à tirer pour l'accès au site* ».

Par ailleurs, certaines garanties devaient être données<sup>185</sup>. Et le ministère considère que, sous ces conditions, si le salarié refusait la prise de sa température, son employeur était en droit de lui refuser l'accès de l'entreprise (mais *quid* alors de sa rémunération ?). Tout cela rappelle la possibilité d'instaurer, dans l'entreprise, des contrôles d'alcoolémie, qui ne livrent, en soi, pas d'autre information que celle relative à une éventuelle consommation d'alcool. La position ministérielle apparaît aujourd'hui plus mesurée. Dans son protocole national de déconfinement pour les entreprises pour assurer la santé et la sécurité des salariés, du 3 mai 2020, (actualisé le 11 juin, puis le 24 juin 2020), il est ainsi précisé que si « *un contrôle de température à l'entrée des établissements/structures est déconseillé* », il est en tout état de cause exclu que l'entreprise procède à des relevées obligatoires de températures de chaque employé ou visiteur dès lors qu'ils seraient enregistrés dans un traitement automatisé ou dans un registre papier ou que des opérations de captation automatisées de température se réalisent au moyen d'outils tels que des caméras thermiques.

---

<sup>183</sup> Cass. soc. 19-6-2013 n° 12-14.246 F-D), ou du non-respect des règles d'hygiène (CA Aix-en-Provence 12-5-2017 n° 15/04971.

<sup>184</sup> Editions Francis Lefebvre, Feuillet Rapide Social, Le ministère du travail publie un protocole de déconfinement, paru le 08/05/2020

<sup>185</sup> Prise de mesure dans des conditions préservant la dignité, information sur les conséquences d'un refus...

Dans sa recommandation du 6 mars 2020, la CNIL considère, pour sa part, que doivent être interdits les relevés obligatoires des températures corporelles de chaque employé/agent/visiteur à adresser quotidiennement à la hiérarchie. Position qui ne concerne évidemment que les prises de températures faisant l'objet d'un traitement automatique. Il semble néanmoins qu'un tel dépistage systématique ou même limité à « du cas par cas », faisant ou non l'objet d'un tel traitement, aura bien du mal, en tout état de cause, à remplir les exigences supportées par l'article L. 1121-1 du code du travail. Comment le juger indispensable alors même que cette prise de température ne dit rien de significatif sur la santé du salarié, puisqu'on peut avoir de la température sans être porteur du virus et ne pas en avoir tout en étant l'hôte asymptomatique ?<sup>186</sup>.

Par conséquent, si l'employeur parvient à prendre la température des salariés sans leur consentement. Cette prise de température serait considérée comme une atteinte à la vie privée du salarié. En ce sens, elle ne serait pas justifiée ni proportionnée au but de santé public étant donné que, d'une part, la température n'est pas systématiquement observée pour la COVID-19, d'autre part, elle pourrait témoigner d'une autre infection.

En définitive, les pouvoirs publics ont imposé le télétravail pour un objectif précis, celui de protéger la santé et de sauvegarder la sécurité de tous. Cependant, la gestion de la frontière entre la vie professionnelle et la vie personnelle se révèle nettement plus complexe pour le télétravailleur. Il est probable que la flexibilité offerte par le télétravail réduise l'impact de tensions ou d'un stress mais puisse aussi en introduire de nouveaux, telles que des difficultés à se concentrer, sentiment de devoir envers la maison ou la famille... En conséquence, il est important que le télétravailleur à domicile définisse des règles au sein de sa famille (horaires de travail, appels passés durant le travail) et qu'il puisse par la même occasion se déconnecter. En ce sens, l'employeur au titre de son obligation de prévention, peut estimer de surveiller le salarié. Il arrive que celle-ci devienne attentatoire aux libertés individuelles de ces salariés. Il est essentiel d'encadrer cette surveillance afin de respecter leur vie privée. De même, pour protéger la santé des salariés l'employeur pourrait être tenté de prendre la température de ses salariés pour s'assurer qu'aucune contamination puisse se produire. Pourtant cette manœuvre peut être effectuée, sous réserve que ces pratiques soient encadrées.

---

<sup>186</sup> Patrice Adam, « La liberté (des salariés) à l'épreuve de la pandémie », Dalloz, Droit social 2020. 581

Dans le contexte actuel de la crise sanitaire, les entreprises ont mis en œuvre des mesures afin de limiter la propagation de la COVID-19. Cela passe par la collecte de données relatives aux déplacements des travailleurs pouvant relever de la vie privée ou à la santé des salariés, et de l'obligation vaccinale. En raison des nombreuses sollicitations des employeurs, la CNIL rappelle une nouvelle fois les conditions dans lesquelles les données personnelles et plus précisément celles relatives à la santé peuvent être utilisées.

## **Section 2 : Une atteinte à la vie privée du salarié justifiée par un encadrement de la collecte des données personnelles**

En premier lieu, l'employeur ne doit pas demander un justificatif qui implique d'autres données du salarié, à défaut la vie privée du salarié serait considérablement atteinte. En ce sens, est-ce que cette atteinte serait justifiée et proportionnée au but recherché si l'employeur parvenait à demander des données personnelles du salarié ? Du côté du Conseil constitutionnel, il s'est prononcé sur la loi qui prolonge l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020 mais a censuré des éléments liés au traçage de leurs contacts, sur la collecte des données (Paragraphe 2).

Il est évident que les pays étrangers ont utilisé des dispositifs de surveillance et de collecte de données sur la vie privée des salariés. Ces dispositifs ont été développés de manière à lutter contre l'épidémie, cependant certains d'entre eux menacent considérablement la vie privée des salariés. Un comparatif avec la France sera réalisé (Paragraphe 1).

### **Paragraphe 1 : Le rejet par la France des techniques de surveillance des données personnelles attentatoires à la vie privée utilisés à l'étranger**

D'une part, les différents pays étrangers dans lesquels des dispositifs numériques ont été mis en place pour surveiller les individus en entreprise seront analysés (A). D'autre part, il s'agira d'aborder les dispositifs non-numériques qui ont été utilisés pour contrôler ces derniers (B). Il en découlera de ces deux idées une comparaison avec la France.

### ***A. La prolifération des outils de surveillance sanitaire dans le droit comparé menaçant incontestablement la vie privée en période de COVID-19***

Certaines entreprises ont utilisé de la technologie pour surveiller leurs salariés dans le contexte de la Covid-19. L'objectif de ces technologies est destiné à tracer les personnes infectées mais également à faire respecter les règles de la distanciation sociale. Ces applications impactent dangereusement la vie privée des salariés. On peut citer les pays asiatiques qui ont eu accès à des données de téléphonie cellulaire de l'ensemble de leur population. En effet, la Corée du sud a mis en place un système de partage de données incluant trois principaux opérateurs télécoms et d'autres compagnies de cartes de crédit, qui permet de retracer les déplacements d'une personne infectée et ses contacts en très peu de temps.

Ces dispositifs portent réellement atteinte à la vie privée des salariés, ils ne sont plus maîtres de leur vie. En effet, ils sont contrôlés et surveillés en permanence.

Du côté de Hongkong, les personnes placées en quarantaine doivent porter un bracelet électronique relié à leur téléphone. Ce bracelet veille à ce que ces derniers ne quittent pas leur domicile, et déclenche une alerte à la police dès qu'un mouvement suspect est détecté. A Singapour, la situation est identique dans la mesure où ces personnes doivent impérativement répondre à des messages qui divulguent leur position géographique. En Chine, ils ont mis en place une application obligatoire dans plus de 200 villes. Cette application assigne un code de couleur, soit rouge, jaune, ou vert symbolisant le risque de contagion potentielle de chaque utilisateur, et ce à partir de données relatives à l'adresse résidentielles, ses habitudes de vie, ses symptômes déclarés etc. Les données sont partagées de manière routinière avec la police. La rapidité d'implantation d'une telle solution technique découle directement des initiatives de traçage et de surveillance systématique des citoyens mises en œuvre par le gouvernement chinois dans le cadre de son système de crédit social.

Aux Etats-Unis, des start-up spécialisées en intelligence artificielle ont proposé des systèmes de vidéosurveillance intégrant des détecteurs de distanciation sociale qui peuvent automatiquement repérer toutes les situations où des personnes se croisent à moins de deux mètres d'intervalle<sup>187</sup>. En effet, c'est le cas d'une start-up Landing AL qui a développé un dispositif d'analyse vidéo de l'espace public. Ici, la start-up a affirmé « *assurer la sécurité* » des passants, et souligne que l'outil qui « *ne reconnaît pas les individus* » doit être utilisé avec « *transparence, et seulement avec le consentement des personnes* ».

---

<sup>187</sup> Youtube, Landing AI Social Distancing Detector Demo, le 15 avril 2020.

D'autres intègrent des capteurs thermiques à leurs technologies de reconnaissance faciale afin de mesurer en permanence et sans contact la température corporelle des employés lorsqu'ils circulent dans les locaux de l'entreprise<sup>188</sup>.

Il existe des drones et robots dans de nombreuses villes italiennes, espagnoles, françaises ou américaines qui ont déployé des drones munis de capteurs thermiques afin de survoler les espaces publics et repérer les personnes fiévreuses ou violant les règles de confinement, pouvant même utiliser leurs haut-parleurs pour interagir avec celles-ci. En effet, dans la région Lilloise, la Direction départementale de la sécurité publique du Nord a utilisé des drones de la police judiciaire à Lille, pour effectivement faire respecter le confinement<sup>189</sup>.

La CNIL s'est prononcé sur ces dispositifs de traçage, en particulier la présidente Marie-Laure Denis qui a été auditionnée par la commission des lois de l'Assemblée nationale, elle a déclaré que « *si un suivi individualisé des personnes était mis en œuvre par des technologies fondées sur l'analyse de données de localisation, il faudrait d'abord, à droit constant, qu'il soit basé sur le volontariat, avec un consentement réellement libre et éclairé, et le fait de refuser l'application n'aurait aucune conséquence* ». Dès lors, on comprend qu'en France notamment, si un dispositif était obligatoire, il aurait été nécessaire qu'une disposition législative soit mise en place, et qu'elle réponde en tout état de cause à la crise sanitaire ainsi que sa proportionnalité. C'est pourquoi en France, les dispositifs utilisés par les autres pays étrangers n'ont pas été repris ici. Toutefois, une application, appelée TousantiCovid a fait son apparition sur le smartphone. Cette application mobile a pour but de prévenir les individus ayant croisé une personne testée positive au COVID-19 dans un rayon de deux mètres. A cet égard, on se pose incontestablement la question des libertés individuelles et notamment de la protection de la vie privée des français. Le téléchargement devra nécessairement reposer sur une démarche volontaire et consentie de la part de la personne.

En France, rappelons-le, la protection de la vie privée est un principe constitutionnel<sup>190</sup>. La CNIL a fourni une liste de recommandations au gouvernement sur l'exploitation des données de géolocalisation pour lutter contre la pandémie du coronavirus. Elle demande ainsi à l'Etat de privilégier le traitement de données anonymisées et consenti.

---

<sup>188</sup> Benoit Dupont, « Covid-19 les dérives possibles de surveillance des données personnelles », The conversation, le 29 mai 2020.

<sup>189</sup> La voix du nord, Coronavirus : en Italie, des drones prennent la température à distance, publié le 10/04/2020.

<sup>190</sup> Depuis 1995, le droit au respect de la vie privée est un principe à valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a, en effet, consacré ce droit en considérant que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen implique le respect de la vie privée.

Dès lors, le gouvernement devra définir précisément les objectifs poursuivis par le dispositif de localisation. Il devra également respecter les principes fondamentaux de respect de la vie privée. Ainsi, ces recommandations renvoient à la déclaration du 19 mars 2020 du Comité européen de la protection des données (CEPD) qui a rappelé que la lutte contre la pandémie actuelle peut légitimer des traitements qui restreignent les libertés à condition qu'ils soient proportionnés, limités dans le temps et qu'ils respectent la législation nationale. En France, le traitement des données devra donc respecter les articles 5, 6 et 9 du RGPD<sup>191</sup>.

Le traitement de données personnelles de localisation, en l'absence de consentement de la population, ne pourra être fait qu'à travers de mesures législatives. A cet égard, cette application serait en France basée sur le volontariat. Le dispositif envisagé serait donc moins attentatoire aux libertés en comparaison avec les dispositifs mis en place, comme dans les divers états précédemment cités.

Toutefois, Il n'en demeure pas moins qu'un tel dispositif porte atteinte aux libertés individuelles. Ainsi, beaucoup d'applications de traçage étaient disponible dernièrement dans une trentaine de pays. Cependant, nombreuses d'entre elles n'avaient adopté de politiques de protection de la vie privée ou n'avaient pas implanté de mesures spécifiques d'anonymisation. En France, les dispositifs sont moins attentatoires aux libertés individuelles, en particulier à la vie privée, en comparaison avec d'autres pays, mais menacent toutefois ces dernières. Il est essentiel de garder en mémoire que chaque décision ou chaque dispositif mis en place en France, et ce au cours de la crise sanitaire doit être justifiée et proportionnée au but poursuivi. En définitive les dispositifs mis en place, dans les pays asiatiques par exemple, ne pourront pas être repris en France puisque ces mécanismes seraient incontestablement disproportionnés au but recherché, à savoir la santé publique, et non-justifiées par la crise sanitaire. On pense notamment à Singapour où les personnes doivent impérativement répondre à des messages qui divulguent leur position géographique. On serait alors en présence d'une réelle atteinte à la vie privée.

D'autres dispositifs autres que numérique ont été innovés, et repris dans certains pays, telle que la France, déclenchant incontestablement une discrimination mais également une atteinte aux libertés individuelles.

---

<sup>191</sup> Privacy-vox, « CEPD-CNIL : recommandation sur les traitements de données mis en œuvre par les employeurs et les autorités publiques dans le cadre de l'épidémie de COVID-19 », 25 mars 2020.



## ***B. Le rejet du système discriminatoire du traçage manuel en France***

En premier lieu, l'interdiction de mesures discriminatoires en raison de l'état de santé<sup>192</sup> et la protection de la vie privée du salarié<sup>193</sup>, notamment, interdisent à l'employeur d'imposer au salarié un test négatif au retour au travail. Pour rappel, l'employeur est tenu vis-à-vis des salariés d'une obligation de sécurité et de protection de la santé<sup>194</sup> dont il doit assurer l'effectivité<sup>195</sup>. Pour cela, il a l'obligation de prendre toutes les mesures visant à assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs notamment par des actions de prévention des risques professionnels, du harcèlement moral et sexuel etc. En cas de risque avéré ou d'accident, l'employeur engage sa responsabilité, sauf s'il démontre avoir pris les mesures générales de prévention nécessaires et suffisantes pour l'éviter, ce qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement<sup>196</sup>. Le manquement à l'obligation de sécurité peut également caractériser une faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle.<sup>197</sup>

En ce sens, la CNIL souligne les conséquences que pourrait avoir le port de signes visibles, tel qu'un bracelet, comme justificatif. En effet, la possibilité d'identifier visuellement les personnes vaccinées ou non vaccinées au sein d'un même lieu de travail serait susceptible de constituer une pratique discriminatoire. Dès lors, on pourrait imaginer d'autres dispositifs. En effet, il conviendrait de se tourner vers des systèmes technologiques, à savoir par exemple, un badge à titré. Avec ce dispositif, le personnel ne pourra détecter les personnes qui ne sont pas vaccinés. En ce sens, le badge permettrait de préserver les relations professionnelles au sein de l'entreprise mais également d'éviter toute discrimination. Cependant, cette solution serait un inconvénient si on se place au niveau des libertés individuelles du salarié. En effet, le badge à titré serait potentiellement une atteinte à la vie privée du salarié. Certes, la question de la discrimination serait écartée, cependant la question sur la vie privée et le droit de santé du salarié seraient atteintes. En effet, d'une part le badge permettrait de collecter des données personnelles du salarié, d'autre part, des données portant sur sa santé. Par conséquent, si l'Etat viendrait à suggérer une telle solution, il faudrait analyser le critère de proportionnalité et si ce dispositif est bien justifié au regard de la crise sanitaire auquel cas, les libertés individuelles du salarié seraient menacées.

---

<sup>192</sup> C. trav. art. L 1132-1.

<sup>193</sup> C. trav. art. L 1121-1.

<sup>194</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 8-10-2020 n° 18-25.021 FS-PBI : RJS 12/20 n° 624.

<sup>195</sup> Jurisprudence constante, notamment Cass. soc. 28-2-2006 n° 05-41.555 FS-PBRI : RJS 5/06 n° 555 ; 20-3-2013 n° 12-14.468 F-D : RJS 6/13 n° 454.

<sup>196</sup> Cass. soc. 25-11-2015 n° 14-24.444 FP-PBRI : RJS 2/16 n° 123 ; 3-2-2021 n° 19-23.548 F-D : RJS 4/21 n° 219.

<sup>197</sup> Editions Francis Lefebvre, Santé et sécurité au travail, N°71250, Mémento Social 2022, le 21/07/2022.

A titre d'illustration, en Israël, un port visible a été créé afin de reconnaître quelle personne est vaccinée ou non. Ce concept a incontestablement inspiré la Gironde, ils ont mis en place un bracelet en tissu, unique et valable longtemps. Il est réservé aux personnes vaccinées avec deux doses et habituées d'un lieu. Le but est d'éviter aux clients réguliers de ne pas montrer systématiquement leur pass sanitaire. Cependant, ce système a été fortement critiqué face aux polémiques, ce bracelet a donc été suspendu après sa mise en place. En effet ce dispositif menace inévitablement les libertés individuelles des individus. L'exemple cité ne concerne pas les salariés dans l'entreprise mais bien les clients. Mais on pourrait se positionner pour les salariés en entreprise, qu'advient-il si un jour un tel système était pratiqué en entreprise ? La boîte de pandore pourrait un jour succomber à de telle tentative<sup>198</sup>.

Finalement, la France s'est dirigée vers un encadrement de la collecte des données personnelles du salarié.

## **Paragraphe 2 : Le choix par la France d'une limitation de l'atteinte à la vie privée par l'encadrement de la collecte des données relative à l'état de santé**

D'une part, il s'agira de constater que l'employeur doit collecter des données sur la santé du salarié dans le cadre de son obligation de sécurité et de santé vis-à-vis de ses salariés. Cependant, ces données doivent être nécessaire dans le cadre la COVID-19, à défaut de porter atteinte à la vie privée et à la santé du salarié (A). D'autre part, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la loi qui prolonge l'état d'urgence sanitaire mais a censuré des éléments liés au traçage de leurs contacts. Il s'agira dès lors d'étudier ces deux idées afin de démontrer qu'en cas d'atteinte à la vie privée, celle-ci est manifestement encadrée par les autorités compétentes.

### ***A. Une atteinte limitée aux données relatives à la vaccination***

Les employeurs sont soumis à une obligation de sécurité à l'égard de leurs employés. Cependant, ils ne peuvent prendre à ce titre des mesures susceptible de porter une atteinte disproportionnée à la vie privée desdites personnes. C'est pourquoi le gouvernement, par le biais de la dernière version du protocole sanitaire en date du 9 juin 2021, et la CNIL, portent une attention particulière au respect de la vie privée des salariés et au secret médical pour toutes les actions de prévention menées en entreprise dans le cadre de la crise sanitaire de la COVID-19<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> Le Progrès, « En Gironde, un pass sanitaire sous forme de bracelet », 19 août 2021.

<sup>199</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, 9 juin 2021 : mise en application du nouveau protocole sanitaire national en

En effet, le ministère du Travail, dans le « questions-réponses » mis en ligne le 25 février 2021, et mis à jour régulièrement, rappelle que « *tout est mis en œuvre pour le respect de la confidentialité des vaccinations vis-à-vis des employeurs. [...] Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris* »<sup>200</sup>. Ainsi, les données relatives à la vaccination sont encadrées par le secret médical et la vie privée du salarié.

Effectivement, les tests réalisés sont couverts par le secret médical, lequel s'exerce notamment à l'égard de l'employeur. Celui-ci ne peut en aucun cas avoir connaissance du résultat des tests pratiqués. Il ne peut davantage recenser les salariés qui se font tester ni enregistrer de données personnelles relatives à l'état de santé des salariés. En application du règlement général pour la protection des données (RGPD), il ne peut pas accéder à des informations statistiques dès lors que celles-ci sont de nature à permettre d'identifier, directement ou indirectement, les salariés contaminés.

Donc seul le salarié peut décider de révéler le résultat du test à son employeur. Par ailleurs, le secret médical s'impose également entre médecins, sauf accord de la personne concernée pour transmission des données la concernant à un autre médecin<sup>201</sup>. L'employeur ne doit pas demander un justificatif qui implique d'autres données du salarié.

Les données relatives à l'état de santé sont donc, en principe, interdites de traitement. En effet, que le traitement soit informatisé (notamment informatique) ou non automatisé, mais permettant la constitution de fichiers. La CNIL rappelle que, pour que ces données puissent être traitées, leur utilisation doit relever de l'une des exceptions prévues par le règlement général des données personnelles (RGPD), garantissant l'équilibre entre la volonté d'assurer la sécurité des personnes et le respect de leurs droits et libertés fondamentales. De plus, en raison de leur sensibilité, le traitement doit répondre à des conditions de sécurité et de confidentialité et être effectué uniquement par les personnes habilitées à le faire.

---

entreprise, publié le 09.06.2021.

<sup>200</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, Questions-réponses par thème.

<sup>201</sup> Lamyline, Feuillet Rapide Social 2/21, Respect du secret médical, le 08/01/2021 et Circ. intermin. 2020-229 du 14-12-2020 (II,1).

De ce fait, les exceptions mobilisables dans le contexte du travail sont limitées et peuvent globalement relever soit de la nécessité pour l'employeur de traiter ces données pour satisfaire à ses obligations en matière de droit du travail, de la sécurité sociale et de la protection sociale, soit de la nécessité, pour un professionnel de santé, de traiter ces données aux fins de la médecine préventive ou de la médecine du travail, de l'appréciation sanitaire de la capacité de travail du travailleur, de diagnostics médicaux<sup>202</sup>.

En tout état de cause, dans le cadre d'un signalement par un salarié en période de Covid-19, seuls peuvent être traités par l'employeur les éléments liés à la date, à l'identité de la personne, au fait qu'elle ait indiqué être contaminée ou suspectée de l'être, ainsi que les mesures organisationnelles prises. L'employeur ne doit pas constituer lui-même des fichiers à partir des données de santé des salariés, par exemple la température corporelle de ses employés ou certaines pathologies<sup>203</sup> susceptibles de constituer des facteurs aggravants en cas d'infection à la COVID-19. De surcroît, l'identité d'une personne susceptible d'être infectée par la COVID-19 ne doit pas être communiquée aux autres employés. En cas de non-respect des règles relatives à la protection des données, on rappelle que la CNIL peut prononcer des sanctions administratives<sup>204</sup>, ainsi que des amendes administratives<sup>205</sup>.

Cependant, pour Andrea Jelinek, Présidente du CEPD, a déclaré que : *« Les règles de protection des données (telles que le RGPD) n'entravent pas les mesures prises dans la lutte contre la pandémie de coronavirus. Cependant, je voudrais souligner que, même en ces temps exceptionnels, le responsable du traitement doit assurer la protection des données personnelles des personnes concernées. Par conséquent, un certain nombre de considérations doivent être prises en compte pour garantir le traitement licite des données personnelles »*. Le CEPD rappelle que le RGPD prévoit les fondements juridiques permettant aux employeurs et aux autorités de santé publique compétentes de traiter les données personnelles dans le cadre d'épidémies, sans avoir besoin d'obtenir le consentement de la personne concernée. Tel est le cas lorsque le traitement de données à caractère personnel est nécessaire pour des raisons d'intérêt public dans le domaine de la santé publique ou pour protéger des intérêts vitaux (art. 6 et 9 du RGPD), ou pour se conformer à une autre obligation légale.

---

<sup>202</sup> Lamyline, « La CNIL renforce ses contrôles en matière de télétravail », Semaine sociale Lamy, n°1992, 21 mars 2022.

<sup>203</sup> Les « comorbidités »

<sup>204</sup> Avertissement, mise en demeure, injonction de mise en conformité ou de cesser le traitement, suspension des flux de données, etc.

<sup>205</sup> Op. cit.

Sur ces fondements, les employeurs peuvent se dispenser du consentement du salarié pour collecter une donnée de santé, donnée dite sensible, telle qu'une infection au Covid-19<sup>206</sup>. Ainsi, l'employeur ne peut donc 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, si celle-ci n'est pas justifiée et proportionnée au but de santé publique.

Par conséquent, si l'employeur collecte des données qui ne sont pas justifiées et ni proportionnées à l'intérêt public, l'employeur ne pourra recevoir que l'arrêt de travail sans autre précision relative à la pathologie et à l'état de santé du salarié. Le retour du salarié sur son lieu de travail ne pourra pas être conditionné à la présentation d'un test de dépistage de la COVID-19. Ainsi, l'obligation de sécurité de l'employeur à l'égard de ses salariés est donc limitée aux mesures de prévention tel que le rappel des mesures barrières mais également à la mise en place de mesures de protection dans le cas où un salarié viendrait à être exposé au virus ou alors a exposé ses collègues. En tout état de cause, l'employeur ne doit traiter que les données nécessaires à la gestion des cas d'exposition et de suspicions d'exposition au virus aux fins de protéger les salariés et le public et ne doit pas prendre de mesures susceptibles de porter une atteinte disproportionnée à la vie privée des personnes concernées en collectant des données de santé qui iraient au-delà de la gestion des suspicions d'exposition au virus aux fins de protéger les salariés et le public<sup>207</sup>. Ce principe est par ailleurs rappelé par l'article L. 1121-1 du code du travail.

En définitive, l'employeur doit être vigilant sur la collecte des données puisque certaines données pourraient vite devenir une atteinte à la vie privée et à la santé du salarié. Si l'employeur souhaite collecter des données sur l'état de santé de ses salariés, il sera alors nécessaire que ce dernier puisse justifier la collecte des données personnelles du salarié. Par ailleurs, s'il parvient à le justifier, il sera également essentiel qu'elle soit proportionnée au but poursuivi. Dans le cas présent, avec la COVID-19, la collecte devra être nécessaire pour sauvegarder de la santé des salariés. Dès lors, si certaines données collectées sur la santé du salarié ne sont pas nécessaires pour sauver la vie des salariés, la vie privée et la santé de ces derniers seraient alors atteintes. C'est la raison pour laquelle l'employeur doit se contenter de demander les informations nécessaire et utile à la préservation de la santé et sécurité des salariés.

---

<sup>206</sup> Jean-Christophe Guerrini, Avocat, « COVID-19 données personnelles et vie privée », Village justice, le 28/05/2020.

<sup>207</sup> Economie.gouv.fr, « Collecte des données des salariés : quelles sont les règles ? », Bercy Infos, 14 octobre 2020.

Il a été vu que la collecte de certaines données personnelles dans le cadre de la vaccination menace la vie privée des salariés, si celles-ci ne sont ni justifiées et ni proportionnées à l'objectif recherché. Mais qu'en est-il du traitement de données à caractère personnel de nature médicale aux fins de « traçage » ? Le Conseil constitutionnel s'est intéressé à cette question dans une décision.

### ***B. L'encadrement du traitement des données personnelles par le Conseil constitutionnel préservant la vie privée des salariés***

Bien qu'il soit nécessaire de limiter autant que possible la propagation du virus, il n'est pas justifié de tracer les salariés. Pour cette raison, depuis le mois de mai 2020, la ligue des droits de l'homme n'a cessé de rappeler les balises fondamentales que nos autorités doivent respecter en poursuivant leur objectif légitime depuis le mois de mai 2020. Tout d'abord, celle de légalité. En effet, l'ensemble des éléments essentiels de la collecte des données doivent être précisés par la loi, afin de respecter la Constitution et le RGPD, mais également pour que ces mesures fassent l'objet d'un débat au Sénat et à l'Assemblée nationale. Ensuite, celle de la transparence. A ce titre, les salariés doivent être en mesure de connaître précisément la nature des données traitées, la raison de la collecte et les personnes à qui elles peuvent être transmises.

Par ailleurs dans une décision du Conseil constitutionnel<sup>208</sup>, le Conseil constitutionnel a validé la loi qui prolonge l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020 mais a censuré des éléments liés au traçage de leurs contacts. Saisi de la loi de prorogation de l'état d'urgence sanitaire, le Conseil constitutionnel a validé, le 11 mai 2020 plusieurs de ses dispositions mais, concernant les traitements de données à caractère personnel de nature médicale aux fins de « traçage », il a décidé une censure partielle et énoncé trois réserves d'interprétation. S'agissant du système d'information destiné à permettre le traitement de données destinées au « traçage » des personnes atteintes par la COVID-19 et de celles ayant été en contact avec ces dernières, le Conseil constitutionnel a rappelé qu'il résulte du droit constitutionnel au respect de la vie privée que la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif. Il a de plus jugé pour la première fois que, lorsque sont en cause des données à caractère personnel de nature médicale, une particulière vigilance doit être observée dans la conduite de ces opérations et la détermination de leurs modalités<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> Déc. n° 2020-800 DC, 11 mai 2020.

<sup>209</sup> Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 171, Validation par le Conseil constitutionnel de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire avec des réserves d'interprétation et deux censures partielles, Lamyline, 1er juin 2020.

Au regard du cadre constitutionnel ainsi précisé, il a relevé que les dispositions contestées autorisent le traitement et le partage, sans le consentement des intéressés, de données à caractère personnel relatives à la santé des personnes atteintes par la maladie de la COVID-19 et des personnes en contact avec elles, dans le cadre d'un système d'information ad hoc ainsi que dans le cadre d'une adaptation des systèmes d'information relatifs aux données de santé déjà existants.

Ce faisant, ces dispositions portent atteinte au droit au respect de la vie privée. Dans le même temps, le Conseil a estimé que, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu renforcer les moyens de la lutte contre l'épidémie de la COVID-19, par l'identification des chaînes de contamination. Il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé<sup>210</sup>.

Pour se prononcer sur l'adéquation et la proportionnalité des dispositions contestées au regard de l'objectif poursuivi, le champ des données de santé à caractère personnel susceptibles de faire l'objet de la collecte, du traitement et du partage en cause, a été restreint par le législateur aux seules données relatives au statut virologique ou sérologique des personnes à l'égard de la maladie COVID-19 ou aux éléments probants de diagnostic clinique et d'imagerie médicale précisés par décret en Conseil d'État pris après avis du Haut Conseil de la santé publique<sup>211</sup>.

Le Conseil constitutionnel a cependant formulé une première réserve d'interprétation en jugeant que, sauf à méconnaître le droit au respect de la vie privée, l'exigence de suppression des nom et prénoms des intéressés, de leur numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques et de leur adresse, dans les parties de ces traitements ayant pour finalité la surveillance épidémiologique et la recherche contre le virus, doit également s'étendre aux coordonnées de contact téléphonique ou électronique des intéressés. S'agissant du champ des personnes susceptibles d'avoir accès à ces données à caractère personnel, sans le consentement de l'intéressé, il a estimé que si la liste en est particulièrement étendue, cette extension est rendue nécessaire par la masse des démarches à entreprendre pour organiser la collecte des informations nécessaires à la lutte contre le développement de l'épidémie.

---

<sup>210</sup> Lamyline, « Validation par le Conseil constitutionnel de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire avec des réserves d'interprétation et deux censures partielles », Revue Lamy Droit de l'immatériel, n°171, 1<sup>er</sup> juin 2020.

<sup>211</sup> Op. cit. Lamyline.

En revanche, il a censuré comme méconnaissant le droit au respect de la vie privée la deuxième phrase du paragraphe III de l'article 11 incluant dans ce champ les organismes qui assurent l'accompagnement social des intéressés. Il a en effet relevé que, s'agissant d'un accompagnement social qui ne relève pas directement de la lutte contre l'épidémie, rien ne justifie que l'accès aux données à caractère personnel traitées dans le système d'information ne soit pas subordonné au recueil du consentement des intéressés<sup>212</sup>.

Le Conseil a également pris en compte dans son appréciation d'ensemble les dispositions précisant que les agents de ces organismes ne sont pas autorisés à communiquer les données d'identification d'une personne infectée, sans son accord exprès, aux personnes qui ont été en contact avec elle. En outre, et de manière plus générale, ces agents sont soumis aux exigences du secret professionnel et ne peuvent donc, sous peine du délit prévu à l'article 226-13 du code pénal, divulguer à des tiers les informations dont ils ont connaissance par le biais du dispositif ainsi instauré. Par une deuxième réserve d'interprétation, le Conseil a considéré qu'il appartiendra au pouvoir réglementaire de définir des modalités de collecte, de traitement et de partage des informations assurant leur stricte confidentialité et, notamment, l'habilitation spécifique des agents chargés, au sein de chaque organisme, de participer à la mise en œuvre du système d'information ainsi que la traçabilité des accès à ce système d'information. Par une troisième réserve d'interprétation, il a estimé que si le législateur a autorisé les organismes concourant au dispositif à recourir, pour l'exercice de leur mission dans le cadre du dispositif examiné, à des organismes sous-traitants, ces sous-traitants agissent pour leur compte et sous leur responsabilité. Pour respecter le droit au respect de la vie privée, ce recours aux sous-traitants doit s'effectuer en conformité avec les exigences de nécessité et de confidentialité mentionnée par la présente décision<sup>213</sup>.

Le Conseil constitutionnel a également pris en compte le choix du législateur de prévoir que ce dispositif ne peut s'appliquer au-delà du temps strictement nécessaire à la lutte contre la propagation de l'épidémie de la COVID-19 ou, au plus tard, au-delà de six mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire déclaré par la loi du 23 mars 2020. D'autre part, les données à caractère personnel collectées, qu'elles soient ou non médicales, doivent, quant à elles, être supprimées trois mois après leur collecte. Il a en conséquence estimé que les paragraphes I et II et le reste des paragraphes III et V de l'article 11 ne méconnaissent pas le droit au respect de la vie privée.

---

<sup>212</sup> Op. cit. Lamyline.

<sup>213</sup> Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 171, Validation par le Conseil constitutionnel de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire avec des réserves d'interprétation et deux censures partielles, Lamyline, 1er juin 2020.



Ainsi, du présent arrêt, on retiendra « *concernant les traitements de données à caractère personnel de nature médicale aux fins de traçage* », que le Conseil a donc procédé à « une censure partielle ». Elle vise à limiter le nombre de personnes pouvant accéder à ces données. Pour le système d'information destiné à permettre le traitement de données destinées au « traçage » des personnes malades et de celles ayant été à leur contact avec ces dernières, il méconnaît le droit au respect de la vie privée, selon le Conseil et ce, dans la mesure où les organismes chargés de l'accompagnement social, comme les centres communaux d'action sociale (CCAS), pourront avoir accès à ces données<sup>214</sup>.

Dans les autres pays, les données relatives à la COVID-19 et à la surveillance sont plus importantes, impactant nécessairement les libertés individuelles des salariés.

En définitive, si le traitement de données à caractère personnel est nécessaire pour des raisons d'intérêt public dans le domaine de la santé publique ou pour protéger des intérêts vitaux, ou pour se conformer à une autre obligation légale, alors l'atteinte à la vie privée serait justifiée et proportionnée à ce but. En ce sens, les employeurs pourront se dispenser du consentement du salarié pour collecter une donnée de santé, donnée dite sensible, telle qu'une infection à la COVID-19. Ainsi, on constate qu'en cas d'atteinte à la vie privée du salarié, celle-ci serait bien justifiée et proportionnée si elle répond à un objectif précis telle que dans le cas présent, la protection de la population.

En revanche, l'analyse sur le droit comparé démontre que la France minimise les atteintes aux droits et libertés individuelles des salariés. Les autres pays, tels que les pays asiatiques, entrave considérablement les libertés individuelles des salariés. Et c'est la raison pour laquelle, en France, les dispositifs évoqués dans ces pays ne seront pas repris à défaut de menacer nos libertés. Cependant, si demain un suivi individuel, et non plus anonymisé, devait être mis en place, la CNIL affirme qu'il devra absolument reposer sur une démarche volontaire et consentie de la part de la personne. Le risque, vous l'avez compris, serait de menacer les libertés individuelles des citoyens français, en particulier la vie privée. Alors, faut-il accepter pareil sacrifice en période de crise ?

Le respect du droit la vie privée et du consentement libre et éclairé des individus ont été étroitement atteints par les mesures adoptées par les pouvoirs publics. Se pose naturellement la question de l'étendue de ces atteintes. Raison pour laquelle notre seconde partie se consacrera aux éventuelles atteintes portées au droit du travail et à l'intégrité physique. En effet, si le Gouvernement a pris des mesures restreignant les libertés des salariés, il a également adopté des dispositions visant à préserver à la fois la santé de tous et l'économie.

---

<sup>214</sup> Op. cit. Lamyline

## **Partie 2 : Les atteintes justifiées au droit du travail et à l'intégrité physique des salariés, proportionnées aux enjeux de santé publique par une politique de sauvegarde des intérêts économiques et sanitaires**

Face à une crise sanitaire inédite et ses répercussions économiques et sociales sans précédent. L'Etat français a mobilisé des moyens exceptionnels afin d'éviter des difficultés économiques d'entreprises et les aider à garder les emplois de leurs salariés.

Dans le champ des relations de travail, la survie des contrats de travail était la priorité gouvernementale. Cet objectif impératif ne s'est alors pas traduit par une interdiction pure et simple des licenciements pendant la durée de la crise sanitaire mais par la mise en place d'un arsenal de mesures dérogatoires et temporaires, avec en premier lieu la mise en place du télétravail obligatoire, et la transformation structurelle du dispositif d'activité partielle<sup>215</sup>.

Dans le champ de la protection de la santé des salariés, les employeurs et les salariés ont des obligations pour préserver la santé au travail dans l'entreprise. En premier lieu, l'employeur doit prendre les mesures nécessaires « *pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et morale des travailleurs* »<sup>216</sup>, et à ce titre, il peut être fondé à prendre des dispositions contraignantes pour assurer la protection de la santé du personnel après évaluation du risque de contagion dans l'entreprise<sup>217</sup>. Parallèlement, « *conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur, 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* »<sup>218</sup> rappelle le ministère.

Ensuite, quant aux salariés, le protocole sanitaire précise qu'ils doivent se conformer aux instructions qui leur sont données par l'employeur en fonction de la situation de l'entreprise et de leur situation<sup>219</sup>. Ils doivent personnellement s'assurer de leur propre sécurité et de celle de leurs collègues en respectant les consignes sanitaires qui leur sont données.

---

<sup>215</sup> Dalloz Grand Angle, COVID-19 et droit du travail, p140-141, octobre 2020.

<sup>216</sup> C. trav., art. L. 4121-1.

<sup>217</sup> Lamyline, Lamy Social, Mesures visant à assurer la protection et la santé des salariés fixés par le protocole sanitaire, 04/02/2022.

<sup>218</sup> C. trav., art. L. 4122-1.

<sup>219</sup> Lamyline, Lamy Social, Mesures visant à assurer la protection et la santé des salariés fixés par le protocole sanitaire, 04/02/2022.

En cas de non-respect de cette obligation, et de manière pratique, cela veut dire que le salarié peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement pour faute grave ou lourde. La sanction sera appliquée selon le principe de proportionnalité à la faute commise et selon l'échelle des sanctions indiquée dans le règlement intérieur de l'entreprise. Il en va de même pour l'obligation vaccinale soumis à certains salariés<sup>220</sup>. Ces salariés doivent prendre soin de leurs santés ainsi que celles autres. Raison pour laquelle, en cas de non-respect de cette disposition entrainera une sanction.

En revanche, si un salarié estime qu'il existe au travail un danger grave et imminent pour sa santé, il peut alerter son employeur et se retirer de cette situation, ou encore, il peut alerter les instances représentatives du personnel, le médecin du travail et l'inspection du travail<sup>221</sup>.

Ainsi, l'objectif de cette dernière partie est de déterminer si les mesures prises par le gouvernement ont été efficace pour pérenniser le droit au travail (Chapitre 1) et l'intégrité physique des salariés en entreprise (Chapitre 2). On notera que rôle des entreprises ainsi que des salariés dans la lutte contre la Covid-19 est essentielle. Chaque individu à une part de responsabilité en temps de pandémie.

Force est de constater qu'en cas de manquement à leurs obligations, des sanctions seront prononcées. En effet, les solutions apportées par le gouvernement sont de nature à combattre le virus mais surtout de sauvegarder la santé des citoyens. Dès lors, les décisions prises doivent être suivis par les entreprises et les salariés pour diminuer la propagation et sauver la vie de tous. En définitive, il est certain que chaque actif doit respecter les dispositions mis en place par le gouvernement, mais sont-elles justifiées et proportionnée au but poursuivi par cet acteur ?

---

<sup>220</sup> L. no2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.

<sup>221</sup> Lamyline, Lamy Social, Mesures visant à assurer la protection et la santé des salariés fixés par le protocole sanitaire, 04/02/2022.

# **CHAPITRE 1 : L'atteinte à la liberté de travailler des salariés par les mesures gouvernementales mais justifiée et proportionnée par l'exigence de santé publique**

« Pas une entreprise ne fera faillite à cause du coronavirus ! », « Protéger nos entreprises quoiqu'il en coûte [...] »<sup>222</sup>. Telles ont été les promesses du Président Macron, il y a un peu plus de 2 ans au plus fort de la pandémie de Covid-19 dans notre pays<sup>223</sup>. Inédite, inattendue, cette crise a bouleversé la configuration sanitaire, économique, sociale, humaine de la société. La gestion de la crise sanitaire a été la priorité du pouvoir exécutif avec comme conséquence le confinement d'une partie de la population et l'arrêt partiel ou total de l'activité des entreprises<sup>224</sup>. Ainsi, face au bouleversement provoqué par la pandémie de la COVID-19, de multiples mesures ont été prises par les pouvoirs publics pour tenter de maîtriser au mieux cette situation inédite.<sup>225</sup>

Au début de la crise de la COVID-19, la principale préoccupation des gouvernements était de venir en aide aux entreprises et aux travailleurs qui faisaient face à une baisse soudaine et imprévisible de leur activité, voire à son arrêt total, et ce, suite aux restrictions imposées par les autorités pour endiguer la propagation du virus<sup>226</sup>. Pour soutenir la reprise, de nombreux gouvernements ont modifié les dispositifs de maintien dans l'emploi existants<sup>227</sup>. Ces mesures apportent aux entreprises les liquidités dont elles ont besoin pour conserver leurs employés, notamment leur savoir-faire et leur expérience, ce qui leur permettra de redevenir rapidement opérationnelles au moment de la reprise de l'activité économique puisqu'elles n'auront pas besoin d'embaucher et de former de nouveaux travailleurs<sup>228</sup>. Toutefois du côté des salariés, cette crise COVID-19 ne les a pas épargnés. Force est de constater que la liberté de travailler a été atteinte pendant cette crise, il s'agit là d'une des conséquences notables de cette épidémie. Le gouvernement a alors agi pour sauver les emplois des salariés et l'activité des entreprises en mettant en place des mesures. On songe notamment au chômage partiel, le télétravail. Ces outils ont sauvé les contrats de travail des salariés, cependant une atteinte à la liberté de travailler reste relativement admise.

---

<sup>222</sup> Vie publique, Déclaration de M. Emmanuel Macron, Président de la République (...), le 16 mars 2020.

<sup>223</sup> Marie Rakotovahiny, « Entreprise en difficulté – Covid-19 et entreprise en difficulté : adapter l'outil de gestion de crise du sauvetage au rebond », Revue Lexis360, Semaine juridique, n°21,22, 26 mai 2022.

<sup>224</sup> Op. cit. Marie Rakotovahiny

<sup>225</sup> Revue Lamy Droit Alimentaire, N° 402, Pandémie du Covid-19 : présentation de quelques mesures de maîtrise, 1er avril 2020

<sup>226</sup> OCDE, « les dispositifs de maintien dans l'emploi pendant la période de confinement de la crise du Covid-19 et au-delà », le 12/10/2020.

<sup>227</sup> Op. cit. OCDE

<sup>228</sup> Op. cit. OCDE

L'obligation vaccinale rentre également en ligne de compte puisqu'elle a permis de relancer les activités économiques. Raison pour laquelle, certains salariés ont été soumis à l'obligation vaccinale. D'une part, pour la crise économique, d'autre part pour la protection de la santé de tous. Toutefois, elle a engendré des atteintes au droit de l'emploi. En effet, en cas de non-respect de cette mesure, les pouvoirs publics ont décrété une sanction à l'encontre de ceux qui ne respecteraient pas les dispositions émises par le gouvernement et le législateur<sup>229</sup>. Cette sanction a certes pour but de protéger la vie des citoyens et de lutter contre la pandémie. Néanmoins, elle réduit considérablement la liberté de travailler des salariés.

Dès lors la question est la suivante : les mesures prises par le gouvernement et le législateur dans le cadre de la pandémie ont-elles été justifiées et proportionnées par le but poursuivi ?

Les mesures prises par le gouvernement ont tout d'abord été de mettre en place des outils permettant de maintenir le droit à l'emploi des salariés. Toutefois, dans le contexte de la pandémie, ce maintien ne va pas sans la protection de la santé de ces desdits salariés. En effet, le chômage partiel, le télétravail, arrêt de travail sont des dispositifs qui permettent de sauver les contrats de travail tout en sauvegardant la santé des salariés. Pourtant, ces outils menacent leurs libertés individuelles et ce, pour différentes raisons. A travers la première section, l'analyse sera d'étudier cette thématique et de voir si ces atteintes sont justifiées et proportionnées par une exigence de santé publique (Section 1). Par la suite, avec la loi du 5 août 2021, certains salariés ont été dans l'obligation de se faire vacciner. Une vaccination permettant de lutter contre le virus et de relancer l'économie. Elle a donc également permis de sauver des emplois. Toutefois, cette obligation vaccinale porte atteinte à la liberté de travailler des salariés, puisque en cas de non-respect, leur contrat de travail sera suspendu. Cette mesure est-elle également justifiée et proportionnée au but poursuivi par les pouvoirs publics ? (Section 2).

---

<sup>229</sup> L. no2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.

**Section 1 : Le maintien du droit au travail des salariés durant la crise sanitaire par le biais de dispositifs, une menace sur les libertés individuelles justifiées et proportionnée par une exigence de santé publique**

Pendant la crise, d'un point de vue sanitaire, l'objectif était de limiter le nombre de décès et de réguler les entrées en milieu hospitalier pour d'une part, soulager les travailleurs du secteur et d'autre part, sauver le plus de vie<sup>230</sup>. D'un point de vue économique, le but a été d'éviter que les entreprises aient des difficultés économiques et qu'ils aboutissent à des pertes d'emploi. Par conséquent, la priorité a été donnée à la protection de la santé des salariés, dans un intérêt plus large de santé publique, et à celle de l'entreprise en lui permettant de se restructurer grâce à des modifications des conditions de travail, dans l'intérêt économique du pays<sup>231</sup>.

Dans le contexte d'épidémie de coronavirus et des mesures de confinement, le gouvernement a donc recommandé voir imposé, aux employeurs de privilégier le télétravail pour leurs salariés, dès lors que l'activité de l'entreprise le permet. Dès lors pour faire face au confinement, à l'Assemblée nationale, le Premier ministre a en effet, déclaré que les entreprises du secteur privé devaient instaurer la généralisation du télétravail<sup>232</sup>. Lors de son discours à l'Assemblée nationale, Jean Castex a clairement appelé les entreprises du privé mais aussi les administrations à généraliser le télétravail<sup>233</sup>. Il a annoncé le 29 octobre 2020 que « *Le recours au télétravail doit être le plus massif possible, dans le secteur privé, toutes les fonctions qui peuvent être télétravaillées doivent l'être 5 jours sur 5. Cela sera inscrit dans le protocole national en entreprise qui sera mis en ligne ce soir dans le cadre d'un dialogue social* »<sup>234</sup>. Par la suite, avec le déconfinement, un variant est apparu, Omicron. En janvier 2022, le télétravail a été alors rendu obligatoire dans certains cas pour le secteur privé et ce, pour lutter contre le virus et le variant Omicron<sup>235</sup> (Paragraphe 1). C'est également le cas pour d'autres recours telle que l'activité partielle, qui permet à l'entreprise de gérer une période de sous-activité en sauvegardant l'emploi de son personnel ou encore la mise en place d'un accord de performance collective (Paragraphe 2). Ce sont alors de nouvelles règles contraignantes qui ont pour but de ralentir l'épidémie de la Covid-19 et du variant Omicron.

---

<sup>230</sup> Etude par Florence Maury, « Entreprise versus Covid-19 : adaptation et transformation du droit du travail », Revues, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 21-22, 1197/ IRDAP, EA 4191, F-33600 Pessac, France, 26 Mai 2022.

<sup>231</sup> Op. cit. Florence Maury

<sup>232</sup> Vie publique, Texte intégral, Déclaration de M. Jean Castex, Premier ministre, sur la décision du recours à un deuxième confinement généralisé face à la recrudescence du coronavirus, à l'Assemblée nationale le 29 octobre 2020

<sup>233</sup> BFM.TV, Jean Castex : le recours au télétravail doit être le plus massif possible, 5 jours sur 5, par Olivier Chicheportiche, 29.10.2020.

<sup>234</sup> Op. cit. Déclaration Castex.

<sup>235</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19, mis à jour le 16.03.2022.

## **Paragraphe 1 : Une perturbation justifiée du droit au travail par différents procédés mis en place durant la crise sanitaire, et proportionnée par une exigence de santé publique**

Dans le cadre de l'épidémie de la COVID-19 et des mesures gouvernementales prises<sup>236</sup>, d'une part pour éviter la propagation du virus et d'autre part, pour la poursuite de l'activité des entreprises, les employeurs ont été invités à recourir au télétravail voire se sont vus imposer ce mode d'organisation du travail<sup>237</sup>. C'est l'application des dispositions du code du travail. En effet, l'article L. 1222-11 du Code du travail prévoit bien 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. Il s'agit bien d'une situation dans laquelle le télétravail est un aménagement du poste du travail qui peut être imposé unilatéralement par l'employeur à ses salariés, afin d'assurer la continuité de l'entreprise et de protéger les salariés, en cas de circonstances exceptionnelles ou de force majeure<sup>238</sup>. Dès lors, le télétravail est un moyen dont le gouvernement a utilisé pour maintenir le contrat de travail des salariés. Le droit au travail des salariés a été maintenu grâce à cet outil (A).

Toutefois, lorsque le télétravail n'est pas possible, les salariés ayant été cas-contact pourront s'isoler pendant le temps nécessaire grâce à l'arrêt de travail. Un télé service de demande d'arrêt de travail est ouvert depuis le 3 octobre 2020, sur le site <https://declare.ameli.fr/>. L'arrêt doit être de 7 jours minimum et démarre à compter de la date de l'appel ou du courrier de l'Assurance maladie. Encore un outil permettant de préserver la santé des salariés et de lutter contre le virus<sup>239</sup> (B).

### ***A. Le télétravail comme garant du contrat de travail durant la crise, justifiant l'atteinte causée au droit du travail par les pouvoirs publics***

La liberté d'entreprendre et le droit à l'emploi ont été fortement impacté avec la crise sanitaire. Le premier confinement lié à l'épidémie de Covid-19 au printemps 2020 a provoqué un recul historique de l'activité, 73 % des sociétés déclarent une baisse de leurs ventes supérieure à 10 %, et 35 % une baisse supérieure à 50 % durant cette période<sup>240</sup>.

---

<sup>236</sup> Vie publique, Texte intégral, Déclaration de M. Jean Castex, Premier ministre, sur la décision du recours à un deuxième confinement généralisé face à la recrudescence du coronavirus, à l'Assemblée nationale le 29 octobre 2020.

<sup>237</sup> Maître Virginie Langlet, « la mise en place du télétravail pendant l'épidémie de coronavirus », Juritravail, 31/03/2022.

<sup>238</sup> C. trav., art. L. 1222-11.

<sup>239</sup> Previsissima, Coronavirus : chômage partiel, arrêt de travail, jour de carence, aide à domicile, aides aux entreprises..., 17/05/2022.

<sup>240</sup> Cindy Duc, Catherine Souquet, « Enquête impact de la crise sanitaire sur l'activité et l'organisation des entreprises », Statistiques et études, Impact de la crise sanitaire en 2020, Insee Résultats, (Insee).

Le maintien de certaines activités a été rendu possible à distance par le télétravail<sup>241</sup>. Le travail à domicile a permis de libéraliser le rythme de travail, en le soumettant aux impératifs de la vie privée et familiale du salarié, avec pour objectif un meilleur équilibre entre la vie au travail et la vie privée et familiale<sup>242</sup>. Cependant, ce dispositif engendre en partie une perturbation de ses missions professionnelles. En effet, le salarié effectue sa prestation à son domicile, une situation qui peut être source de difficulté pour ce salarié. L'employeur doit alors l'indemniser de cette sujétion ainsi que des frais engendrés par l'occupation à titre professionnel du domicile<sup>243</sup>. En pratique, la situation actuelle est différente puisque les salariés sont dans l'obligation d'accepter de travailler à leur domicile. De ce fait, il est possible qu'aucune indemnité ne soit versée au salarié au titre d'une indemnité d'occupation de son domicile. La demande de télétravail ne venant pas de l'employeur mais d'un impératif imposé par le gouvernement<sup>244</sup>.

Cependant, rappelons que le salarié a droit à une indemnité d'occupation de son domicile à des fins professionnelles dès lors qu'un local professionnel n'est pas mis à sa disposition, y compris lorsque l'exécution des tâches au domicile n'est pas imposée par l'employeur<sup>245</sup>. Le salarié qui accepte de travailler à son domicile doit être indemnisé de cette sujétion particulière d'occuper son domicile à des fins professionnelles pour accomplir les prestations demandées à la condition qu'un local professionnel ne soit pas mis à sa disposition par l'employeur<sup>246</sup>. Il en est de même lorsque le travail au domicile n'est pas imposé explicitement par l'employeur mais est inhérent aux conditions d'exercice des fonctions du salarié. C'est ce que vient de confirmer la Cour de cassation. Il semble alors que le salarié pourrait être indemnisé au titre d'une indemnité d'occupation de son domicile, si l'employeur ne lui met pas à disposition un local professionnel. L'impact sur le droit au travail du salarié est d'une certaine manière, limité par cette continuité d'indemnisation, s'il s'avère possible d'être indemnisé. En effet, son travail est perturbé puisque sa vie professionnelle entre dans la sphère vie privée et personnelle de ce salarié.

---

<sup>241</sup> B. Géniaut, Covid-19 et télétravail : Dr. soc. 2020, p. 607. - F. Robert, Le télétravail à domicile. L'après-Covid ou le retour à « l'anormal » : éd. Anthemis, 2020, 292 p. - I. Calkins, Télétravail : éd. Deboecksupérieur, 2021, 154 p. - G. Ramirez Morales, Le fameux télétravail. Pièges, dangers et surtout les bienfaits : éd. L'Harmattan, 2021, 206 p.

<sup>242</sup> F. Petit, Temps de travail, temps au travail : Dr. soc. 2022, p. 4. - A. Gardin, Le contrat de travail à temps partiel : un instrument de libération du salarié ? : Dr. soc. 2022, p. 48.

<sup>243</sup> Cass.soc. Arrêt Nestlé 08-44865 08-44866 08-44867 08-44868 08-44869.

<sup>244</sup> Manuel pratique du télétravail, paie&RH et solutions, 08.12.2020.

<sup>245</sup> Editions législatives, Etre contraint de travailler à son domicile ouvre droit à une indemnité d'occupation, Lefebvre Dalloz, 17/11/2017.

<sup>246</sup> Cass. soc., 4 déc. 2013, n°12-19.667; Cass. soc., 21 sept. 2016, n°15-11.144.



Par conséquent, la liberté dans l'organisation de la relation de travail avec le télétravail a été tantôt entravée tantôt augmentée pendant la crise<sup>247</sup>. En effet, le télétravail a permis de s'affranchir du critère de l'unité de lieu en autorisant le travail hors les locaux de l'entreprise. Cet affranchissement impacte considérablement le travail du salarié. D'une part si le salarié vit avec d'autres personnes, il se peut qu'il n'ait pas de pièce adaptée pour travailler, d'autre part il est possible que le salarié ne dispose pas de connexion internet suffisante pour exercer ses fonctions. L'employeur doit s'assurer que le salarié puisse travailler correctement. Il doit alors fournir du matériel pour que le salarié puisse continuer son activité professionnelle. A défaut de trouver des solutions, des espaces de co-working ont été créés pour permettre aux salariés de télétravail sans devoir perturber leur vie de famille ou bien leur activité professionnelle. Il s'agit d'une solution pour diminuer les atteintes à l'emploi.

Ainsi, le télétravail est un dispositif qui permet respecter les distanciations physiques, les protégeant ainsi pendant la crise. Cependant, il convient de ne pas oublier que cet outil porte atteinte à sa liberté au travail. En effet, deux salariés sur trois confient ressentir de l'isolement en télétravail, et une coupure avec leurs collègues avec notamment la disparition des temps informels. En découle alors, une diminution de la production<sup>248</sup>. Un témoignage de Marie, cadre du secteur privé. Ses bureaux sont fermés depuis mars 2020, le télétravail devenu obligatoire. Elle confie « *Après quelques semaines de productivité accrue, l'absence de contacts informels avec mes collègues a peu à peu réduit ma motivation et donc mon efficacité.* »<sup>249</sup> Il est alors évident que pour certains salariés, le télétravail ait menacé leur droit au travail. Or, cette atteinte au droit du travail est toutefois justifiée et proportionnée par une exigence de santé publique. Cet outil reste d'autant utile pour le maintien de leur contrat de travail et ce, tout en assurant une protection pour leurs santés.

En définitive, le droit à l'emploi a été atteint mais il a été limité au nom de l'impératif de santé publique. Le télétravail a été un moyen permettant de préserver les contrats des salariés mais également leurs santés tout comme l'arrêt de travail.

---

<sup>247</sup> P. Adam, La liberté (des salariés) à l'épreuve de la pandémie : Dr. soc.2020, p.581.

<sup>248</sup> Victor Vasseur, « Solitude, surcharge de travail, dépression : ce que révèle la grande étude de la CGT sur le télétravail », Radiofrance, le 6/09/2021.

<sup>249</sup> Op. cit. Victor Vasseur

## ***B. Des arrêts de travail dit « dérogatoire » préservant la santé et l'emploi des salariés en temps de la COVID-19***

Afin de limiter la propagation du coronavirus, des décrets ont prévu la possibilité de recourir à l'arrêt maladie notamment pour les personnes placées en isolement en raison d'un contact avéré ou potentiel du virus, ainsi que pour les personnes à risque (femmes enceintes.) et les parents devant s'occuper de leurs enfants privés d'école<sup>250</sup>.

Selon la circulaire du 19 février 2020 de la Caisse nationale d'assurance maladie<sup>251</sup>, les personnes concernées par les arrêts de travail « Covid » sont les assurés ayant fait l'objet d'une mesure d'isolement pour avoir été en contact avec une personne malade du Coronavirus, ayant séjourné dans une zone concernée par un foyer épidémique de ce même virus et dans des conditions d'exposition de nature à transmettre cette maladie, notamment s'ils sont au contact de personnes sensibles dans le cadre de leur activité professionnelle (personnels hospitaliers, d'Ephad, crèches...) <sup>252</sup>. Sur le fondement de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020, l'ordonnance du 25 mars 2020 supprime certaines des conditions de droit commun prévues pour le versement du complément de salaire patronal, et ce jusqu'au 31 août 2020<sup>253</sup>. Il s'agit des conditions prévues par l'article L. 1226-1 du Code du travail, à savoir une ancienneté d'une année dans l'entreprise, la justification de l'incapacité dans les 48 heures, la prise en charge de l'arrêt de travail par la sécurité sociale, l'administration des soins en France ou dans un État membre de l'Espace économique européen.

Par ailleurs, le décret du 4 mars 2020 relatif au délai de carence applicable à l'indemnité complémentaire à l'allocation journalière pour les personnes exposées au Coronavirus a également supprimé le délai de carence<sup>254</sup>. En présence d'un arrêt de travail « *dérogatoire* », c'est-à-dire prescrit à une personne se trouvant dans l'impossibilité de travailler en raison d'une exposition au Covid-19 ou de la garde de son enfant de moins de 16 ans, le complément de salaire prévu à l'article L. 1226-1 du Code du travail est donc versé sans condition d'ancienneté, ni de délai de carence<sup>255</sup>.

---

<sup>250</sup> Décret n°2021-13 du 8 janvier 2021 prévoyant l'application de dérogation relatives au bénéfice des indemnités journalières et de l'indemnité complémentaire modifié par le décret n°2021-1412 du 29 octobre 2021.

<sup>251</sup> Circulaire no 9/2020 du 19 février 2020 de la Caisse nationale d'assurance maladie

<sup>252</sup> Marie-Hélène BENSADOUN, « Covid-19 : réponses aux questions épineuses soulevées par l'activité partielle », Les Cahiers du DRH, N°275, le 01/05/2020.

<sup>253</sup> Ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.

<sup>254</sup> Op. cit. Hélène BENSADOUN.

<sup>255</sup> Op. cit. Hélène BENSADOUN.

Enfin, comme en matière d'arrêt maladie « classique », le salarié concerné ne pouvant percevoir davantage que s'il avait été présent dans l'entreprise, son maintien de salaire devrait pouvoir être limité au montant perçu s'il avait été en activité partielle, soit 63 % c'est-à-dire 90 % de 70 % de sa rémunération brute.

Finalement, l'arrêt de travail a permis d'arrêter temporairement l'emploi tout étant rémunéré. Cet outil pérennise l'emploi ainsi que la vie des salariés. Il existe également d'autres mécanismes dont le gouvernement n'a pas hésité à utiliser pour éviter la rupture du contrat de travail des salariés.

## **Paragraphe 2 : Un rejet de la rupture du contrat de travail des salariés par des dispositifs limitant les atteintes aux droits de l'emploi**

Du jour au lendemain, l'annonce du confinement<sup>256</sup> a paralysé l'économie. Beaucoup d'entreprises, non essentielles à la vie du pays, ont cessé leur activité. En effet, face à la crise du COVID-19, le Gouvernement a pris des mesures fortes pour élargir les régimes de chômage partiel existants pour protéger les emplois et soutenir les revenus<sup>257</sup>, « *Il faut sauver les contrats !* »<sup>258</sup>. Si le licenciement n'a pas été interdit pendant la crise, il s'est agi de l'éviter grâce à une réorganisation des conditions de travail<sup>259</sup>. Dès lors, le chômage partiel est un mécanisme permettant de sauver l'activité de l'entreprise. Toutefois, il engendre une perturbation du droit au travail des salariés car les entreprises sont confrontées à une réduction d'activité durable de diminuer l'horaire de travail et ce, en contrepartie d'engagements de maintien dans l'emploi. Cette décision porte-elle atteinte à la liberté de travailler des salariés ? Est-elle justifiée et proportionnée au but poursuivi par le gouvernement ?

Dans le meilleur des cas, les employeurs ont cherché à limiter les licenciements en mettant tout ou partie du personnel en activité partielle<sup>260</sup> (A). Dans d'autres cas, les entreprises ont préféré négocier avec les partenaires sociaux (B).

---

<sup>256</sup> Libération, Confinement « Guerre » au coronavirus : les annonces de Macron et Castaner à la loupe, le 16/03/2020.

<sup>257</sup> OCDE, les dispositifs de maintien dans l'emploi pendant la période de confinement de la crise du Covid-19 et au-delà, le 12/10/2020.

<sup>258</sup> A. Fabre, *Il faut sauver les contrats !* : RDT 2020, p. 246.

<sup>259</sup> J. Icard, *Le licenciement pour motif économique et la crise sanitaire* : Dr. soc. 2020, p. 602.

<sup>260</sup> Thibault Lahalle, « Coronavirus et rupture du contrat de travail », Issu de Petites affiches, Labasel'extenso, 14/09/2020, n°184, page 5.

## ***A. Le chômage partiel, une solution de préservation du droit au travail durant la crise sanitaire par les pouvoirs publics***

L'arrêt temporaire de certaines activités<sup>261</sup> a été décrété contre la propagation du virus. Certains travailleurs ont été placés en chômage partiel tandis que d'autres, en contrats précaires<sup>262</sup> ont perdu leur emploi. L'activité partielle permet aux entreprises faisant face à des difficultés économiques, liées par exemple à l'épidémie de Covid-19, de réduire leur durée de travail habituelle ou de fermer temporairement un établissement, partiellement ou totalement<sup>263</sup>. Le dispositif d'activité partielle a été modifié, comme remède de substitution au télétravail impossible et au licenciement, au prix d'une importante prise en charge financière par l'État<sup>264</sup>. La protection de la santé de tous a résulté de l'arrêt forcé total ou partiel de certaines activités<sup>265</sup>, tandis que d'autres ont connu une mobilisation accentuée. Un droit du travail dérogatoire a été élaboré en fonction du critère « essentiel » ou « non essentiel » des activités, soit des catégories socioprofessionnelles.

Les commerces ont demeuré ouverts, à l'exception des commerces non alimentaires des grands commerces et des centres commerciaux de plus de 10 000 m<sup>2</sup> et 20 000 m<sup>2</sup>. Cette mesure avait annoncé le 18 mars 2021 par le Premier ministre<sup>266</sup>. Les commerces dits-non essentiels ont ainsi dû fermer leurs portes pour minimum quatre semaines dans les 16 départements concernés par un nouveau confinement<sup>267</sup>. Dès lors, pour les commerces qui ont dû fermer leurs portes, les salariés se sont retrouvés sans emplois. Cette décision a donc fortement atteint la liberté de travailler des salariés. Toutefois, elle répond à une exigence de santé publique car à ce moment-là, ces départements étaient sous surveillance renforcée en raison d'une propagation du virus<sup>268</sup>. La mesure prise était donc de protéger au maximum la santé de tous et ralentir la propagation de la COVID-19. Dès lors, la mesure du gouvernement était justifiée et proportionnée au but de santé publique.

---

<sup>261</sup> F. Vatin, L. Machu, R. Salais, État d'urgence sanitaire : quel rôle pour l'État social ? : RDT 2020, p. 228.

<sup>262</sup> CDD ou intérimaires.

<sup>263</sup> Thibault Lahalle, « Coronavirus et rupture du contrat de travail », Issu de Petites affiches, Labasel'extenso, 14/09/2020, n°184, page 5.

<sup>264</sup> Ord. n° 2020-346, 27 mars 2020, portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle : JO 28 mars 2020, texte n° 24. - D. n° 2020-325, 25 mars 2020 : JO 26 mars 2020, texte n° 55. - R. Dalmaso, Les trois âges de l'activité partielle : Dr. soc. 2020, p. 612. - F. Géa, L'activité partielle face à la crise : RDT 2020, p. 250 ; L'activité réduite pour le maintien en emploi : RDT 2020, p. 471 et s.

<sup>265</sup> L'arrêt a parfois résulté de l'impossible poursuite de l'activité en raison de difficultés d'approvisionnement en certaines matières.

<sup>266</sup> Gouvernement, Les actions du Gouvernement, 31/05/2021.

<sup>267</sup> Op. cit. Gouvernement

<sup>268</sup> Op. cit. Gouvernement

Le gouvernement a toutefois pris des mesures pour aider ces établissements fermés. En effet, les commerces fermés administrativement bénéficieront du fonds de solidarité<sup>269</sup>. Ces commerces pourront également bénéficier d'une aide de 500 euros pour couvrir une partie des frais qu'ils pourraient engager pour se numériser et vendre à distance<sup>270</sup>. L'activité partielle prise en charge à 100% sera appliquée pour les salariés de ces commerces ainsi que l'exonération de cotisations sociales. En effet pour ce dernier point, l'objectif est de permettre aux entreprises de conserver les emplois de leurs salariés le temps de cette crise. Pour reprendre l'appel que la ministre du Travail leur a lancé "*ne licenciez pas, vous serez remboursées*". Les pouvoirs publics ont donc ouvert le dispositif de chômage partiel<sup>271</sup>.

L'ordonnance du 27 mars 2020, prise en application de l'article 11 de la loi d'urgence du 23 mars 2020<sup>272</sup>, a essentiellement pour but d'élargir le champ d'application de l'activité partielle. Ainsi, les particuliers employeurs, les entreprises publiques embauchant des salariés de droit privé et s'assurant elles-mêmes contre le risque de chômage, les entreprises étrangères employant sur le territoire national des salariés tout en ne comportant pas d'établissement en France peuvent désormais bénéficier du dispositif<sup>273</sup>. L'ordonnance<sup>274</sup> étend aussi ce dispositif à certaines catégories de salariés comme les assistants maternels les salariés en contrat d'apprentissage ou de professionnalisation, ou encore certains salariés saisonniers. Il s'agit ici d'élargir au maximum les possibilités de recourir à l'activité partielle en intégrant des salariés auparavant exclus, soit du fait de leur statut, soit du fait du statut de leur entreprise. Cette extension est favorable aussi bien aux employeurs qu'aux salariés. Ces employeurs bénéficient d'aides inédites. Et grâce à ces aides, les nouveaux salariés concernés sont également les bénéficiaires indirects de ce régime qui leur évite un licenciement<sup>275</sup>.

L'employeur qui place ses salariés en activité partielle doit continuer à payer ses salariés au minimum à hauteur de 70% de sa rémunération antérieure brute, soit environ 84% du salaire net. L'indemnité minimale devant être versée est de 8,03 euros par heure<sup>276</sup>. Il doit en principe dès la mise en activité partielle effectuer une demande d'autorisation dématérialisée<sup>277</sup>. Il dispose cependant d'un délai de 30 jours pour faire cette demande, avec effet rétroactif<sup>278</sup>.

---

<sup>269</sup> Economie gouvernementale, Fonds de solidarité pour les entreprises, indépendants, entrepreneurs.

<sup>270</sup> Economie.gouv.fr, « Fermeture des commerces : précisions suite aux annonces du Premier ministre », 22 mars 2021.

<sup>271</sup> Economie.gouv.fr, « Coronavirus : soutien aux entreprises. Dispositif de chômage partiel », mise à jour le 11 mai 2022.

<sup>272</sup> L n°2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

<sup>273</sup> Dalloz, Covid-19 et droit du travail, Dalloz, octobre 2020.

<sup>274</sup> L n°2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

<sup>275</sup> Dalloz Grand Angle, COVID-19 et droit du travail, octobre 2020.

<sup>276</sup> Op. cit. Dalloz

<sup>277</sup> Demande à effectuer sur le site [activitepartielle.emploi.gouv.fr/aparts/](https://activitepartielle.emploi.gouv.fr/aparts/).

<sup>278</sup> Dalloz Grand Angle, COVID-19 et droit du travail, octobre 2020.

La demande doit alors préciser le motif du recours, à savoir la circonstance exceptionnelle liée au coronavirus, les circonstances détaillées et la situation économique à l'origine de la demande, la période prévisible de sous-emploi, le nombre de salarié concernées et le nombre d'heures chômées prévisionnelles<sup>279</sup>. L'admission au chômage partiel est liée à une autorisation administrative dont la décision intervient dans un délai de 48 heures suivant la demande. L'absence de réponse vaut acceptation<sup>280</sup>.

Le décret du 25 mars 2020 a simplifié la procédure d'admission au chômage partiel pour l'employeur. Tout d'abord, la formalité de consultation du CSE est allégée<sup>281</sup>, l'employeur disposant dorénavant d'un délai de deux mois pour effectuer cette consultation et transmettre son avis à l'administration. De plus, l'employeur dispose désormais d'un délai de 30 jours<sup>282</sup> après avoir placé ses salariés en activité partielle pour adresser sa demande de prise en charge. Enfin le point le plus important, jusqu'au 31 décembre 2020, le délai d'acceptation des demandes d'autorisation préalable est ramené de 15 à 2 jours. Si l'administration ne répond pas, il y a donc acceptation tacite de la demande d'activité partielle.

Ainsi, le droit au travail des salariés durant cette crise a été menacé, les entreprises ont dû arrêter temporairement leurs activités, voyant ainsi leurs salariés contraint d'arrêter eux aussi leurs professions. Toutefois, ce mécanisme mis en place a eu pour réel objectif de protéger la santé de la société. C'est la raison pour laquelle les mesures prises par le gouvernement notamment de contraindre les entreprises non essentielles de fermer leurs entreprises, ont été justifiée et proportionnée par la santé publique. En ayant pris de telles mesures, la propagation de la COVID-19 a fortement diminué (annexe 6). Ainsi, l'activité partielle a été pour ainsi dire, un outil de prévention des licenciements économiques qui a permis de maintenir les salariés dans l'emploi afin de conserver des compétences, voire de les renforcer lorsque leur entreprise fait face à des difficultés économiques conjoncturelles<sup>283</sup>. On peut donc affirmer que cet outil a sauvé les contrats de travail de beaucoup de salariés.

---

<sup>279</sup> Dalloz Grand Angle, COVID-19 et droit du travail, octobre 2020.

<sup>280</sup> Op. cit. Dalloz

<sup>281</sup> C. trav. art R 5122-2. Cela ne concerne que les motifs de sinistre, intempérie, ou toute autre circonstance exceptionnelle. Pour les autres motifs, le principe antérieur est conservé : il faut avoir consulté le CSE avant de procéder à la demande d'activité partielle et de placer les salariés en activité partielle C. trav. art R 5122-2. Cela ne concerne que les motifs de sinistre, intempérie, ou toute autre circonstance exceptionnelle. Pour les autres motifs, le principe antérieur est conservé : il faut avoir consulté le CSE avant de procéder à la demande d'activité partielle et de placer les salariés en activité partielle

<sup>282</sup> C. trav. art. R. 5122-3. Il fallait auparavant effectuer la demande avant de mettre les salariés en activité partielle,

<sup>283</sup> Questions-réponses Activité partielle – chômage partiel sur le site du Ministère du travail et de l'emploi.

Entre l'activité partielle, qui suspend le contrat de travail, et le licenciement économique, qui le rompt, il existe des mécanismes intermédiaires permettant d'éviter la rupture mais qui impliquent un effort des travailleurs par un assouplissement de leurs conditions de travail. Quant à l'employeur, la difficulté tient à ce que ces alternatives doivent être négociées avec les représentants du personnel. Il s'agit de l'accord de performance collective (APC) et du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE).

### ***B. La menace de la COVID-19 sur le droit à l'emploi des salariés limitée par les accords de performance collective et de PSE***

Afin d'encaisser le choc économique consécutif à la pandémie, les appels à ce que le législateur intervienne pour faire davantage travailler les Français se multiplient<sup>284</sup>. Toutefois, le Code du travail prévoit déjà un mécanisme permettant aux partenaires sociaux d'assouplir les conditions de travail pour protéger l'emploi grâce à une meilleure productivité. Aux termes de l'article L. 2254-2 du Code du travail, issu de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, un accord de performance collective<sup>285</sup> peut être conclu en vue, notamment, de « *préserver (...) l'emploi* ». Ce type d'accord d'anticipation peut être négocié au niveau de l'entreprise, du groupe<sup>286</sup> (sans être obligé d'en transposer le contenu par une somme d'accords d'entreprise), ou d'une unité économique et sociale (UES)<sup>287</sup>. Les règles classiques du principe majoritaire s'imposent. En cas de graves difficultés économiques, l'employeur peut souhaiter « *préserver l'emploi* » mais à condition d'obtenir, d'une majorité syndicale, des assouplissements sur quatre thèmes que mentionne l'article L. 2254-2 précité : la durée du travail, les congés, la rémunération et la mobilité<sup>288</sup>.

Concrètement, les partenaires sociaux pourront s'accorder sur une baisse du taux horaire, des suppressions ou réductions de primes, une extension du télétravail, des aides à la mobilité géographique, des stipulations relatives au travail de nuit ou au travail dominical... Conclu pour une durée déterminée ou indéterminée, cet accord peut être négocié quel que soit l'effectif de la structure. Ses stipulations remplacent automatiquement les clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, ce qui explique que le salarié dispose d'un délai de 1 mois de réflexion pour accepter ou refuser la modification de son contrat. En cas d'accord, il y a novation du contrat.

---

<sup>284</sup> Thibault Lahalle, « Coronavirus et rupture du contrat de travail », Issu de Petites affiches, Labasel'extenso ,14/09/2020, n°184, page 5.

<sup>285</sup> Chebbah K. et Manigot V., « Modèle d'accord de performance collective », JCP S 2018, 1377.

<sup>286</sup> C. trav., art. L. 2232-33.

<sup>287</sup> C. trav., art. L. 2232-36.

<sup>288</sup> Op. cit. Lahalle.

En cas de refus, l'employeur peut licencier le salarié « *sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* »<sup>289</sup>.

Par conséquent, cet accord est un mécanisme pouvant sauvegarder la liberté de travailler des salariés. Rappelons-le, l'épidémie a engendré de lourdes conséquences sur le droit de l'emploi des salariés. C'est pourquoi, l'accord de performance collective est un bon moyen de ne pas rompre les contrats de travail. Toutefois, il reste aux salariés d'accepter les modifications apportées à leurs conditions de travail. Au regard des libertés individuelles des salariés, il semble que cette modification porte atteinte à leur liberté de travailler, puisque cet accord peut aboutir à un changement de lieu de travail par exemple. Cet accord reste néanmoins un outil qui permet d'éviter la rupture du contrat de travail pendant l'épidémie. Les entreprises essaient de trouver des solutions pour maintenir l'emploi de leurs salariés, mais en contrepartie il semble évident que ces derniers doivent faire un effort en cette période inédite. Bien entendu, les salariés gardent le choix de sauver leurs emplois ou alors de rompre leurs contrats de travail en refusant la modification de leurs conditions de travail.

L'éviction de la rupture peut aussi passer par l'élaboration d'un PSE<sup>290</sup>. L'article L. 1233-61, alinéa 1er, est clair : « *Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins 10 salariés dans une même période de 30 jours, l'employeur établit et met en œuvre un PSE pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre* ». Négocié par les partenaires sociaux dans le cadre d'une majorité d'adhésion, ce PSE doit aborder un certain nombre de points, tels que des actions favorisant la reprise d'activités pour éviter les fermetures d'établissements, des créations d'activités nouvelles, des actions de formation, des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail ou encore des primes d'incitation au départ volontaire<sup>291</sup>. La pertinence de ce plan, qui doit comporter des mesures précises et concrètes<sup>292</sup>, est appréciée en fonction des moyens dont disposent l'entreprise et le groupe auquel elle appartient éventuellement<sup>293</sup>.

Enfin face à l'épidémie de Covid-19, un grand nombre de dispositions dérogatoires ont été adoptées en urgence en matière sociale. Ces mesures prises pour sauvegarder les emplois et relancer l'activité ont atteint les libertés individuelles du salarié, en particulier la liberté de travailler. Cependant, cette atteinte était justifiée et proportionnée à une exigence de santé publique.

---

<sup>289</sup> Thibault Lahalle, « Coronavirus et rupture du contrat de travail », Issu de Petites affiches, Labasel'extenso ,14/09/2020, n°184, page 5.

<sup>290</sup> Op. cit. Lahalle.

<sup>291</sup> C. trav., art. L. 1233-62.

<sup>292</sup> Cass. soc., 19 mars 2002, n° 00-41614.

<sup>293</sup> Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-23223 : JCP S 2017, 1348, note Morvan P.



Mais pas que, puisque l'analyse faite révèle la poursuite de deux autres finalités distinctes, mais complémentaires en cette période de crise.

D'une part, une partie des mesures présentent une finalité sociale en ce qu'elles tendent à maintenir les droits sociaux et à préserver l'emploi en limitant les ruptures de contrats de travail et d'autre part, d'autres dispositions s'inscrivent davantage dans une perspective économique en soutenant, voire en facilitant le maintien ou la reprise de l'activité des entreprises.

Ainsi, des mécanismes ont permis le maintien de l'emploi des salariés et ce, tout en protégeant leurs vies. Toutefois, il importe peu de mettre en place des dispositifs pour maintenir l'emploi des salariés tout en maintenant leur droit à la santé, si ces derniers ne participent pas à cette lutte contre le virus. En tout état de cause, la vaccination est une solution adoptée par les pouvoirs publics pour relancer la crise économique et sauvegarder la vie. Si celle-ci n'est pas respectée, le contrat de travail de ces salariés sera suspendu. Une mesure qui, sans nul doute, menace leurs libertés de travailler.

## **Section 2 : Les mesures coercitives à l'encontre des non-vaccinés justifiées et proportionnées au but de santé publique en dépit de l'atteinte cause au droit du travail**

Certaines professions sont soumises à l'obligation vaccinale, c'est-à-dire, à l'obligation de se faire vacciner contre la COVID-19<sup>294</sup>. C'est le cas notamment des professionnels de santé (soignants...) et des personnes travaillant au contact de personnes vulnérables (sapeurs-pompiers, personnes exerçant leur activité dans un service de santé au travail...). Ces personnes doivent impérativement avoir une vaccination complète depuis le 16 octobre 2021 (2 doses + dose de rappel dans les délais), sauf contre-indication médicale ou certificat de rétablissement (Paragraphe 1). En cas de refus, la loi autorise l'employeur à suspendre le contrat ou les fonctions du professionnel, sans maintenir sa rémunération. Ainsi, un employeur peut-il licencier un salarié parce qu'il n'est pas vacciné ? Qu'advierait-il pour le salarié, si le contrat de travail du salarié est suspendu ?<sup>295</sup> La suspension du contrat de travail atteint considérablement la liberté de travailler des salariés. Reste à voir désormais si les mesures du gouvernement sont justifiées et proportionnées au but de santé publique (Paragraphe 2).

---

<sup>294</sup> Loi n°2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.

<sup>295</sup> Alice Lachaise, « Licenciement pour non-vaccination ou absence de pass vaccinal », Juristravail, Article juridique, 23.03.2022.

## **Paragraphe 1 : Le suivi de la vaccination par les entreprises et la suspension justifiée et proportionnée au but de santé publique du contrat de travail comme conséquence du non-respect de celle-ci**

Dans le cadre de la vaccination, le législateur a prévu des moyens de contrôle de la politique sanitaire par le biais des entreprises, et ce au risque de porter atteinte aux droits des salariés. En reportant sur l'employeur la vérification de cette obligation vaccinale, le gouvernement s'assure que la vaccination a bien été réalisée. De ce fait, les entreprises ont dû jouer un certain rôle dans le cadre de la vaccination. Est-ce que cette décision d'inclure les entreprises dans le cadre de la vaccination était justifiée par la situation actuelle ? (A)

Les salariés sont évidemment plus touchés par cette situation que les employeurs. En effet, rappelons-le, certaines professions sont soumises à l'obligation vaccinale, c'est-à-dire, à l'obligation de se faire vacciner contre la COVID-19<sup>296</sup>. De ce fait, il est prévu qu'en cas de violation de l'obligation de vaccination contre la COVID-19, pour les salariés qui y sont soumis, entraîne la suspension du contrat de travail. Dès lors, comment a été mise en place cette sanction ? Pourquoi la sanction n'a pas abouti à un licenciement du salarié ? Cette sanction est-elle justifiée et proportionnée au but de santé publique ? (B)

### ***A. L'employeur comme agent de contrôle de la politique sanitaire, rôle contraignant mais justifiée et proportionnée par la lutte contre la COVID-19 dans le cadre de la vaccination***

Vivement recommandée pour la population, la vaccination contre la COVID-19 devient obligatoire dans certains secteurs professionnels ciblés<sup>297</sup>. Depuis cette obligation vaccinale, il incombe aux employeurs d'assurer cette mission de contrôle pour les salariés placés sous leur autorité<sup>298</sup>. Ce faisant, le législateur dans le cadre des contrôles de sa politique vaccinale dans le contexte de la COVID-19, implique les employeurs qui deviennent les « *relais des impératifs* » de la politique sanitaire<sup>299</sup>. C'est donc à l'employeur qu'incombe la tâche de s'assurer de la justification par le salarié d'un schéma vaccinal complet ou de l'existence d'un certificat de contre-indication<sup>300</sup>. Pour s'assurer de la coopération des employeurs et éviter que le risque de désorganisation de l'entreprise ne les incite à se soustraire à cette obligation<sup>301</sup>, le législateur aménage un dispositif coercitif.

---

<sup>296</sup> Loi n°2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.

<sup>297</sup> Kristel Meiffret-Delsanto, « Obligation vaccinale contre la Covid-19 : une protection de la population nocive pour l'entreprise ? », Droit social 2022. 104, Dalloz.

<sup>298</sup> L. 5 août 2021, art. 13, II.

<sup>299</sup> T. Kahn, L. Gamet et L. Jubert-Tomasso, « En quelle mesure l'employeur peut-il prendre en compte le statut vaccinal du salarié ? », RDT 2021. 484, p. 113

<sup>300</sup> L. 5 août 2021, art. 14.

<sup>301</sup> C. Radé, Et maintenant que vais-je faire ?, Dr. soc. 2021. 865. Sur cette question, v. dans le même dossier R. Dalmasso, p. 119.

Susceptible d'être contrôlé par les officiers de police judiciaire, les inspecteurs de santé publique ou du secteur sanitaire<sup>302</sup>, il s'expose à des sanctions pénales alourdies en cas de verbalisations successives<sup>303</sup>. Dans cette perspective, il appartient à l'employeur de réaliser les vérifications et de conserver les résultats des vérifications jusqu'à la fin de l'obligation vaccinale en veillant à assurer une conservation sécurisée des documents qu'il prendra soin de détruire une fois l'obligation vaccinale retirée<sup>304</sup>.

Le législateur a alors mis des moyens de contrôle de la politique sanitaire à moindre coût et ce au risque de porter atteinte aux droits des salariés<sup>305</sup>. En reportant sur l'employeur la vérification de cette obligation vaccinale, le gouvernement s'assure d'un nombre de contrôles bien supérieur à ce qu'il aurait été s'ils avaient dû être réalisés par les seuls agents habilités compte tenu de leur effectif rapporté à celui des personnes assujetties à l'obligation<sup>306</sup>. De ce fait, le fait d'avoir mis en place des sanctions contre les employeurs qui ne respectent pas cette vérification, permet pour les pouvoirs publics de s'assurer d'une meilleure effectivité de la politique de contrôle et augmente les chances d'effectivité de la loi relative à l'obligation vaccinale<sup>307</sup>. Comme le souligne Laurent Gamet, il ne s'agit pas de la première fois que l'employeur se trouve débiteur d'une obligation de « vigilance » pour soutenir une politique publique (lutte contre le travail illégal, etc.)<sup>308</sup>. Cependant, cette nouvelle mission s'accompagne de contraintes pour l'entreprise. En effet, celui d'un risque d'atteinte à la protection des données personnelles des salariés particulièrement accru au regard du contexte contemporain<sup>309</sup>. On songe tout particulièrement aux petites entreprises du secteur sanitaire et social (associations d'aide au service à la personne notamment) rarement accompagnées par des conseils<sup>310</sup>. Dès lors, la vérification du statut vaccinal via notamment l'application « TousAntiCovid » ou les registres et fichiers rendus utiles par cette nouvelle obligation constitue autant de traitements de données personnelles soumis au RGPD<sup>311</sup>.

---

<sup>302</sup> CSP, art. L. 1312-1, sur renvoi.

<sup>303</sup> Par dérogation aux dispositions du code de procédure pénale, le montant de l'amende forfaitaire est fixé à 1 000 € et celui de l'amende majorée à 1 300 € (Décr. n° 2021-1056, art. 2). Si, dans un délai de trente jours, ce manquement est verbalisé à plus de trois reprises, les faits sont punis d'un an d'emprisonnement et de 9 000 € d'amende (L. 5 août 2021, art. 16).

<sup>304</sup> L. 5 août 2021, art. 13, IV.

<sup>305</sup> Kristel Meiffret-Delsanto, « Obligation vaccinale contre la Covid-19 : une protection de la population nocive pour l'entreprise ? », Droit social 2022. 104, Dalloz.

<sup>306</sup> Op. cit. Kristel Meiffret-Delsanto

<sup>307</sup> Op. cit. Kristel Meiffret-Delsanto

<sup>308</sup> T. Kahn, L. Gamet et L. Jubert-Tomasso, « En quelle mesure l'employeur peut-il prendre en compte le statut vaccinal du salarié ? », RDT 2021. 484, p. 113

<sup>309</sup> M. Doisy et E. Daoud, Concilier la protection des données personnelles de santé et l'obligation de sécurité au travail à l'heure du Covid-19, Dalloz IP/IT 2020. 306 ; M. Keim-Bagot et N. Moizard, préc. Plus largement, sur la question des libertés des salariés face à la crise sanitaire, v. P. Adam, La liberté (des salariés) à l'épreuve de la pandémie, Dr. soc. 2020. 581.

<sup>310</sup> Op. cit. Obligation vaccinale Delsanto.

<sup>311</sup> Cf. Chapitre 2. Partie 1.

En définitive, l'Etat a imposé l'obligation vaccinale aux salariés. Le législateur, lui, a contraint les employeurs à contrôler cette pratique. D'une certaine manière, les pouvoirs publics font pression sur les entreprises dans le cadre de la vaccination obligatoire. Ils sont devenus de véritable « *agent de contrôle* »<sup>312</sup>, sous peine d'être sanctionnés. Cependant, cette pression est justifiée et proportionnée au but de santé publique puisqu'en contrôlant les vaccinations ont permis d'une certaine manière, de ralentir la propagation du virus. Toutefois, le fait d'imposer aux entreprises un contrôle des vaccinations des salariés, sous peine de sanction est excessif. Le gouvernement aurait pu simplement recommander aux entreprises de recourir aux contrôles des vaccinations de ses salariés, et ce, sans passer par une sanction. La situation actuelle exige certainement une vigilance accrue, surtout sur les moyens mis en place par le gouvernement pour faire face au virus et sauvegarder la crise économique.

Toutefois, il reste évident que les salariés demeurent les premiers concernés par les conséquences de cette obligation vaccinale.

### ***B. La suspension du contrat de travail évinçant le licenciement comme sanction pour les salariés non-vaccinés, justifiée et proportionnée à la crise sanitaire***

En cas de non-respect de l'obligation vaccination, pour les salariés qui y sont soumis, entraînera la suspension de leur contrat de travail. Pour rappel, après adoption du texte par le Parlement et à la suite de la décision rendue par le Conseil Constitutionnel le 5 août 2021<sup>313</sup>, les personnes soumises à l'obligation vaccinale sont les professionnels de santé (annexe 4). L'obligation d'être vacciné contre certaines maladies n'est pas nouvelle. Le code de la santé publique prévoit des vaccinations obligatoires et recommandées pour certains personnels de santé<sup>314</sup>. La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi considéré que lorsque la réglementation applicable à l'entreprise impose une vaccination contre l'hépatite B, et en l'absence de contre-indication médicale de nature à justifier le refus du salarié, celui-ci ne peut s'y opposer, son refus constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement<sup>315</sup>. Cette solution ne sera pas celle retenue par le législateur concernant la vaccination contre la Covid-19. Comme le relève le professeur Fabre, l'obligation vaccinale contre la Covid-19 repose soit sur un « critère d'affectation »<sup>316</sup>, soit elle résulte d'une « logique professionnelle » et implique que certaines catégories de travailleurs soient vaccinées<sup>317</sup>.

---

<sup>312</sup> Kristel Meiffret-Delsanto, « Obligation vaccinale contre la Covid-19 : une protection de la population nocive pour l'entreprise ? », Droit social 2022. 104, Dalloz.

<sup>313</sup> Loi relative à la gestion de la crise sanitaire, Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021.

<sup>314</sup> Ministère de la Santé et de la Prévention, l'obligation vaccinale, 18.08.2021 et mis à jour le 19.07.2022.

<sup>315</sup> Soc., 11 juill. 2012, n° 10-27.888, Bull. civ. V, n° 221 ; V. Pontif, Vaccination réglementaire : refus constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, RDT 2012. 637.

<sup>316</sup> L. 5 août 2021, art. 12, I, 1°. ((les salariés travaillant dans certains établissements y sont soumis quel que soit leur statut privé ou public et quelles que soient leurs fonctions).

<sup>317</sup> A. Fabre, Les obligations de vaccination et de présentation d'un pass sanitaire, RDT 2021. 512.

La violation de l'obligation d'être vacciné contre la COVID-19, pour les salariés qui y sont soumis, entraîne la suspension du contrat de travail<sup>318</sup>. Afin de les contraindre à appliquer ces nouvelles obligations, les pouvoirs publics avaient initialement prévus, dans le projet de loi, que la violation de ces obligations constituerait un motif réel et sérieux de licenciement ou de rupture anticipée des contrats de travail à durée déterminée. Les principales organisations syndicales s'y sont ardemment opposées<sup>319</sup>. La Confédération française de l'encadrement-Confédération générale des cadres (CFE-CGC) a qualifié le texte de « *dérapage* » et qu'il est « *transgressif, dangereux et inquiétant de voir apparaître pour la première fois un motif de licenciement à la charge du salarié pour une raison relevant de sa vie privée* ».

Force ouvrière a considéré, pour sa part, que « *la politique mise en oeuvre pour accélérer et élargir la vaccination ou s'assurer des protections requises, nécessaires face à la survenue du variant Delta, s'appuie sur la menace de sanctions allant jusqu'au licenciement des salariés* ». La Confédération générale du travail (CGT), quant à elle, a précisé que « *la cible à combattre doit être le virus, pas les salariés* » et que le texte « *porterait atteinte à leur liberté de travailler* »<sup>320</sup>. Le Mouvement des entreprises de France (Medef) était également opposé à la rupture du contrat de travail. Son principal argument résidait en ce que les indemnités de rupture restaient à la charge de l'entreprise<sup>321</sup>. Charles Dupont, président du Medef de l'Indre, indiquait que : « *Pour une entreprise, c'est déjà une réelle perte de se séparer de l'un de ses collaborateurs. Si en plus il faut y associer la perte financière, c'est un vrai préjudice* »<sup>322</sup>.

De son côté, François Asselin, président de la Confédération des petites et moyennes entreprises (CPME) considérait que : « *Le mérite du licenciement permet que chacun puisse être d'une part, couvert par ses indemnités auprès des Assedic pour le salarié et puis pour l'employeur, pouvoir repartir au niveau de l'organisation et recruter quelqu'un* »<sup>323</sup>. Cependant, le licenciement n'a pas été retenu pour sanctionner les salariés non-vaccinés.

---

<sup>318</sup> Kristel Meiffret-Delsanto, « Obligation vaccinale contre la Covid-19 : une protection de la population nocive pour l'entreprise ? », Droit social 2022. 104, Dalloz.

<sup>319</sup> Le Monde, Passe sanitaire et licenciements : des syndicats dénoncent les dispositions du projet de loi anti-Covid, 23 juill. 2021.

<sup>320</sup> Timothée Kahn Cohen, « La suspension du contrat de travail : pari politique et difficultés juridiques », Dalloz, Droit social 2022. 113.

<sup>321</sup> Coronavirus : le pass sanitaire est un « énorme handicap pour la reprise », affirme le patron du Medef qui réclame son report au 30 septembre, 20 Minutes avec AFP, 23 juill. 2021.

<sup>322</sup> Passe sanitaire : « Les employeurs ne sont pas des gendarmes » pour le Medef de l'Indre, France Bleu, 24 juill. 2021.

<sup>323</sup> Passe sanitaire : pour la CPME, la suspension du salaire des non-vaccinés est un « *no man's land* », BFM Business, 26 juill. 2021.

De ce fait, plutôt que la rupture du contrat de travail, c'est la suspension de celui-ci qui a été retenue par la loi. En effet, « *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* »<sup>324</sup>.

Madame Chantal Deseyne, rapporteur de l'amendement qui a supprimé la faculté de rompre le contrat pour ce motif, indique que « *cet amendement vise à définir des sanctions proportionnées en cas de manquement des professionnels à leur obligation vaccinale* »<sup>325</sup>. Quelques salariés récalcitrants soumis à l'obligation vaccinale ont entendu contester judiciairement la suspension de leur contrat de travail et de leur rémunération. C'est ainsi que deux conseils de prud'hommes<sup>326</sup> ont accepté de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) à la chambre sociale de la Cour de cassation rédigée en des termes identiques<sup>327</sup>. La question posée était la suivante : « *Les dispositions de l'article 14-2 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relatives à la gestion de la crise sanitaire sont-elles contraires au Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 qui rappelle l'engagement de la France de respecter l'ensemble des conventions internationales en ce que les conventions internationales font interdiction à tout pays signataire de priver tout travailleur quel qu'il soit, d'une rémunération, d'une protection sociale par différents artifices et notamment d'une suspension arbitraire du contrat de travail ?* ». Les juges du quai de l'Horloge déclarent irrecevable cette QPC<sup>328</sup> en fondant leur argumentation sur un double motif<sup>329</sup>. Ils considèrent, d'abord, que la question ne précise pas à quels droits et libertés garantis par la Constitution la disposition législative critiquée porterait atteinte. Ils rappellent, ensuite, que le défaut de compatibilité d'une disposition législative avec les engagements internationaux de la France ne constitue pas un grief d'inconstitutionnalité, le contrôle de conventionalité devant être exercé par le juge judiciaire et, en l'occurrence, par le conseil de prud'hommes<sup>330</sup>.

---

<sup>324</sup> L. 5 août 2021, art. 1er.

<sup>325</sup> Amendement n° COM-216 (art. 7), présenté par Mme Deseyne, rapporteur pour avis, 23 juill. 2021.

<sup>326</sup> Cons. prud'h. Troyes, 5 oct. 2021, n° 21/00027, et Cons. prud'h. Saint-Brieuc, 12 oct. 2021, n° 21/00024.

<sup>327</sup> Les requérants avaient le même avocat.

<sup>328</sup> Soc., QPC, 15 déc. 2021, n° 21-40.021, publié au Bulletin et n° 21-40.023.

<sup>329</sup> Pour de plus amples développements sur la question : M. Zucchello, Suspension de la rémunération et obligation vaccinale : aucune violation évidente des dispositions de droit européen, BJT 2022. 13.

<sup>330</sup> Irrecevabilité de la QPC sur l'obligation vaccinale de salariés du secteur de la santé, Sem. soc. Lamy, 20 déc. 2021.

En effet, s'ils l'estiment opportun, c'est devant les conseils de prud'hommes que ces salariés du secteur de la santé devront soutenir que l'obligation vaccinale prévue par la loi du 5 août 2021 est contraire à tel ou tel article déterminé d'une convention internationale régulièrement ratifiée par la France<sup>331</sup>.

Cependant, le projet de loi prévoyait qu'au-delà d'un délai de deux mois de suspension du contrat de travail, la rupture était encourue et justifiée via un licenciement *sui generis* qui aurait obligé les employeurs à verser aux salariés les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement. Cela aurait également permis au salarié de bénéficier des indemnités chômage. On songe à un licenciement déguisé, une suspension du contrat de travail pouvant aboutir sur un licenciement, si ce dernier n'est pas vacciné avant une certaine durée. Même si le gouvernement français a souhaité que soient mises en œuvre toutes les mesures alternatives possibles, permettant au maximum d'éviter les licenciements<sup>332</sup>. De surcroît, bien que le Sénat ait rejeté cette faculté de rupture pour les contrats à durée indéterminée (CDI), elle avait été maintenue pour les contrats à durée déterminée (CDD), mais la disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel<sup>333</sup>. Les juges ont jugé que le législateur avait institué une différence de traitement entre les salariés selon la nature de leur contrat de travail qui était sans lien avec l'objectif poursuivi, à savoir lutter contre la propagation de l'épidémie<sup>334</sup>.

En comparaison avec les autres pays, en Lettonie (un peu moins de 2 millions d'habitants), les employeurs ont mis les salariés en « *congé forcé non payé* » les membres du personnel non vaccinés puis les licencier au bout de trois mois. Les élus peuvent être suspendus s'ils ne sont pas vaccinés. La Lettonie est l'un des pays au taux de vaccination le plus bas de l'Union européenne, avec 68%. Cette mesure, annoncée depuis l'été dernier, a toutefois permis de quasiment doubler le taux de vaccination<sup>335</sup>. Une question se pose, quelle est la différence entre suspension du contrat de travail qui inclut une suspension de la rémunération et le congé forcé non payé ? Il est évident que la sanction prononcée en Lettonie atteint les droits et les libertés individuelles des salariés. On comprend que ce sont les salariés non-vaccinés qui seront sanctionnés. En comparaison avec la France, seuls certaines activités professionnelles se sont vues imposés l'obligation vaccinale. Dès lors, la sanction en Lettonie porte considérablement atteinte à la liberté de travailler des salariés. La sanction est disproportionnée au but de santé publique.

---

<sup>331</sup> QPC Pourvois n° K 21-40.021 et N 21-40.023.

<sup>332</sup> Activité partielle, télétravail, arrêt maladie pour garde d'enfants, report du paiement des charges sociales...

<sup>333</sup> Cons. const., 5 août 2021, n° 2021-824 DC, Loi relative à la gestion de la crise sanitaire, AJDA 2021. 1652 ; *ibid.* 2610, note M. Verpeaux ; D. 2021. 1548, obs. C. const. ; AJ fam. 2021. 448, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

<sup>334</sup> Pour de plus amples développements sur la rupture du contrat, lire l'étude de R. Dalmasso, dans ce numéro, p. 119.

<sup>335</sup> Maxime T'sjoen, Non-vaccinés : quelles sont les restrictions mises en place dans les autres pays ?, Actu.fr, 15 janvier 2022.

On songe aux personnes qui ne sont pas en contact avec la clientèle ou qui travaillent seul dans leur bureau sans contact avec les salariés. Ces salariés ont les forcerait à se faire vacciner. Il parait logique qu'on puisse contracter la COVID-19 "partout" puisque c'est un virus qui se propage dans l'air. Si cette sanction venait à s'appliquer en France, elle serait une véritable menace pour les libertés individuelles des salariés.

Les pouvoirs publics ont pris des mesures pour, d'une part, limiter la crise économique et d'autre part sauvegarder la santé de tous. C'est la raison pour laquelle le Gouvernement a mis en place des sanctions en cas de non-respect de la vaccination. Toutefois, cette sanction atteint incontestablement la liberté de travailler des salariés. Il en va ainsi des professionnelles de santé. En effet, si l'un d'eux ne souhaitent pas se faire vacciner, son contrat est automatiquement suspendu. Dès lors, il sera contraint de ne plus exercer ses fonctions. Cette atteinte est-elle justifiée et proportionnée au but de santé publique ? Suivant cette logique, le professionnel de santé qui n'est pas vacciné ne peut raisonnablement accompagner des patients, dans la mesure où il peut contracter une forme grave du virus COVID-19 et a une chance accrue de le transmettre (annexe 5). De plus, confier la santé de nos concitoyens à un personnel médical prônant le doute eu égard aux progrès scientifiques pourrait laisser songeur. En tout état de cause, il risquerait sa santé mais surtout celle des autres. Cette suspension du contrat de travail consistant alors à interrompre les fonctions du salarié non-vaccinés afin d'éviter d'une part, de propager le virus et d'autres part de nuire à la santé des patients. En outre, cette mesure prise par le législateur est justifiée et proportionnée aux exigences de santé publique.

Par ailleurs, comme il a été vu ci-dessus, le licenciement a été écarté comme sanction. Les pouvoirs publics ont diminué l'atteinte par la mise en place d'une suspension du contrat de travail. Une suspension du contrat qui est pourtant inhérent aux fonctions du salarié en entreprise. Par conséquent, est-ce qu'elle est justifiée et proportionnée, dans l'état où le salarié n'a commis aucune faute dans le cadre de ses fonctions ?



## **Paragraphe 2 : La suspension du contrat de travail justifiée et proportionnée par l'urgence sanitaire**

La violation de l'obligation vaccinale des salariés soumis à celle-ci sont sanctionnés<sup>336</sup>. Cependant, le salarié n'a commis aucune faute dans le cadre de son activité professionnelle. En effet, l'Etat sanctionne le salarié, ce n'est pas l'employeur qui prend la décision de suspendre le contrat de travail de son salarié. De ce fait, le salarié n'ayant commis aucune faute dans le cadre de ses fonctions, peut-on dire que la mesure du gouvernement est justifiée et proportionnée par le but poursuivi par ce dernier ? (A) Par ailleurs, le salarié dont le contrat de travail est suspendu se trouve sans ressource financière (hors maladie). Il est possible qu'il envisage alors de trouver un emploi dans une entreprise pour laquelle il n'aura pas besoin de se soumettre aux obligations légales lui imposant la vaccination ou la présentation d'un pass sanitaire. Par conséquent, peut-il envisager de trouver un autre emploi pendant sa suspension de son contrat de travail ? (B)

### ***A. L'inexécution justifiée et proportionnée aux enjeux de santé publique du contrat de travail, conséquence d'un fait imputable à la personne du salarié menaçant la liberté de travailler des salariés***

La loi n'envisage pas la suspension du contrat de travail du salarié pour défaut de présentation du pass sanitaire ou pour l'absence de vaccination contre la COVID-19 comme une sanction au sens du droit disciplinaire. Cette absence de caractère disciplinaire repose essentiellement sur le fait que le législateur n'impose pas la mise en œuvre la procédure disciplinaire lorsque le salarié ne s'est pas soumis à ses obligations. Cette vision est reprise par le législateur comme le souligne Madame Deseyne : « *La suspension des fonctions ou du contrat de travail ne peut s'entendre comme une sanction disciplinaire : elle résulte d'une situation extérieure à l'entreprise qui s'impose à l'employeur et sur laquelle ce dernier n'a aucun moyen d'agir* »<sup>337</sup>. La suspension du contrat n'est qu'une conséquence de l'entrée en vigueur d'une obligation nouvelle, temporairement nécessaire à l'accomplissement des fonctions du salarié. Pour autant, cette inexécution du contrat de travail est la conséquence d'un fait inhérent à la personne du salarié.

---

<sup>336</sup>L. 5 août 2021, préc.

<sup>337</sup>Amendement n° COM-216 (art. 7), présenté par Mme Deseyne, rapporteur pour avis, 23 juill. 2021.

La suspension du contrat est instituée comme une mesure protectrice pour des personnes dont la santé ou la vie pourrait être menacée par le maintien du salarié à son poste<sup>338</sup>. Elle trouve sa source dans l'obligation légale qui incombe aux salariés de prendre soin, en fonction de leur formation et selon leurs possibilités, de leur santé et de leur sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par leurs actes ou leurs omissions au travail<sup>339</sup>. Cette mesure est également destinée à faire pression sur le salarié afin qu'il se soumette aux obligations mises en œuvre afin de lutter contre la propagation de l'épidémie. Cela implique que c'est au salarié de supporter les effets de la suspension et notamment l'absence de rémunération. En ce sens, la sanction est justifiée et proportionnée par le but de santé publique. La liberté au travail est menacée néanmoins la suspension du contrat de travail reste relativement justifiée et proportionnée par l'objectif qui est celui de protéger la santé de tous, et de lutter contre le virus de la COVID-19. C'est également au salarié d'assurer ses responsabilités envers lui mais également envers la société, et de contribuer à la lutte contre le virus COVID-19.

Si ces salariés ne souhaitent toutefois pas se faire vacciner, des solutions peuvent être trouvées pour limiter l'absence de rémunération.

### ***B. Les effets de la suspension du contrat de travail pour le salarié et l'obligation de loyauté menaçant sa liberté de travailler pendant la COVID-19***

Le salarié qui voit son contrat de travail suspendu se retrouve, hors les cas de maladie, sans ressource financière. Il est possible qu'il envisage alors de trouver un emploi dans une entreprise pour laquelle il n'aura pas besoin de se soumettre aux obligations légales lui imposant la vaccination ou la présentation d'un pass sanitaire. Par conséquent, peut-il envisager de trouver un autre emploi pendant sa suspension de son contrat de travail ? Comme tout salarié dont le contrat est suspendu, le principal obstacle à la conclusion d'un autre contrat de travail réside dans l'obligation de loyauté dont le salarié est tenu envers son employeur. Ainsi que le souligne le professeur Adam, « *il serait incompréhensible que le salarié soit délié de son obligation de loyauté en étant non vacciné alors qu'en cas de maladie il y reste tenu* »<sup>340</sup>. Cette obligation de loyauté relève de la catégorie des obligations pérennes qui s'attachent à la qualité de salarié de l'entreprise et non pas à l'exécution de la prestation contractuelle de travail<sup>341</sup>.

---

<sup>338</sup> En ce sens : TA Toulouse, 22 oct. 2021, n° 2105971 : la suspension du contrat et du traitement « [...] prise sur le fondement des dispositions précitées s'analyse comme une mesure prise dans l'intérêt de la santé publique, destinée à lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 dans un objectif de maîtrise de la situation < sanitaire > et n'a pas vocation à sanctionner un éventuel manquement ou agissement fautifs commis par l'agent > [...] ».

<sup>339</sup> C. trav., art. L. 4122-1.

<sup>340</sup> A. Fabre, La suspension du contrat de travail, conférence AFDT, 21 oct. 2021 (accessible sur [www.youtube.com](http://www.youtube.com)).

<sup>341</sup> Timothée Kahn Cohen, « La suspension du contrat de travail : pari politique et difficultés juridiques », Dalloz, Droit social 2022. 113.

La chambre sociale de la Cour de cassation considère classiquement que « *l'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt* »<sup>342</sup>. L'activité exercée pendant un arrêt maladie ne peut être sanctionnée que si elle a causé un préjudice à l'employeur ou à l'entreprise. Le salarié ne doit alors pas concurrencer de manière déloyale son employeur, pas plus qu'il ne doit lui causer préjudice<sup>343</sup>. Concernant les salariés qui sont soumis contractuellement ou par effet de la loi à une obligation d'exclusivité, ils doivent demander à être dispensés de cette obligation durant cette période de suspension s'ils veulent travailler ailleurs. Finalement, le salarié doit s'abstenir de tout comportement malhonnête envers son entreprise. Ainsi, il est possible pour le salarié d'envisager de travailler chez un autre employeur pour poursuivre son activité professionnelle. De ce fait, il s'agit d'une solution pour maintenir sa liberté de travailler s'il respecte ces conditions.

En revanche, si le salarié dont le contrat est suspendu souhaite travailler ailleurs, se pose alors la question du délai de retour dans son entreprise principale dès lors que la loi dispose que la suspension de son contrat de travail « *prend fin dès que le salarié produit les justificatifs requis* »<sup>344</sup>. La relation de travail nouvelle, peut-être à durée déterminée ou indéterminée. Dès lors, en cas de conclusion d'un CDI, le salarié peut être soumis à un délai de préavis de démission empêchant son retour immédiat. S'il a conclu un CDD dans une nouvelle entreprise, il doit, en principe, attendre le terme de son contrat s'il est à terme précis ou la survenance de l'événement ou la réalisation de l'objet pour lequel son contrat a été conclu si celui-ci était à terme imprécis pour pouvoir retourner à son poste de travail initial. La rédaction du texte légal laisse place à interprétation et se comprend différemment selon la finalité de la protection qu'il institue<sup>345</sup>. Soit cette mesure de la loi vise à protéger le salarié, et cela signifie que l'employeur doit le réintégrer dès que possible si les conditions qui ont justifié la suspension n'existent plus. Soit elle vise à protéger (également) l'entreprise, et cela signifie que le salarié n'a d'autre choix que de réintégrer immédiatement son poste de travail lorsque la cause de la suspension de son contrat prend fin.

---

<sup>342</sup> Soc., 4 juin 2002, n° 00-40.894, Bull. civ. V, n° 191, D. 2002. 2027.

<sup>343</sup> A. Fabre, Rép. trav., Contrat de travail à durée indéterminée : rupture - licenciement - motif personnel - Motif personnel disciplinaire, avr. 2020.

<sup>344</sup> Timothée Kahn Cohen, « La suspension du contrat de travail : pari politique et difficultés juridiques », Dalloz, Droit social 2022. 113.

<sup>345</sup> Op. cit. Timothée Kahn Cohen.

Si, dans le premier cas, l'obligation pèse sur l'employeur, elle pèse, dans le second, sur le salarié. En d'autres termes, est-ce que ce texte permet de faire obstacle aux dispositions légales sur le préavis et institue un nouveau cas de rupture anticipée du CDD ? Cela reste très peu probable. La situation selon laquelle un CDD à terme précis dont l'échéance prendra effet après la fin de la période sanitaire ou que le salarié se soumettra aux obligations légales ne manquera pas de se présenter. En cette hypothèse sera-t-il possible de licencier (pour faute ?) le salarié qui ne reprendrait pas son poste au sein de la première entreprise ? Et dans l'hypothèse où le salarié viendrait rompre de manière anticipée son CDD ou ne respecterait pas la durée d'un préavis, l'entreprise pourrait se retourner contre lui et lui demander des dommages et intérêts. Enfin, le salarié pourrait être considéré comme fautif lorsque, bien qu'informé de la durée prévisible de la période sanitaire, il décide de conclure un CDD d'une durée substantiellement supérieure à celle-ci et ne peut ainsi reprendre son poste. De plus, le salarié devra également être attentif à ne pas dépasser la durée maximale du travail en cas de cumul d'activités<sup>346</sup>. En s'abstenant de mettre son employeur en mesure de le vérifier, le salarié commettrait une faute, qu'il dépasse ou non ces maxima<sup>347</sup>.

Ainsi, la suspension du contrat de travail atteint la liberté de travailler des salariés. En revanche, pour qu'une atteinte soit possible, elle se doit d'être justifiée et proportionnée au but poursuivi<sup>348</sup>. Raison pour laquelle, le gouvernement justifie ses mesures par une exigence de santé publique et qu'elle est proportionnée au regard de celle-ci. En effet, la suspension du contrat est instituée comme une mesure protectrice pour des personnes dont la santé ou la vie pourrait être menacée par le maintien du salarié à son poste.

A l'aide de cette sanction, la santé des autres demeure sauvegardée. Il n'en reste pas moins que pour ces salariés non-vaccinés, leurs rémunérations soit suspendu. Il est possible alors qu'ils puissent envisager de trouver un emploi dans une entreprise pour laquelle il n'aurait pas besoin de se soumettre aux obligations légales lui imposant la vaccination ou la présentation d'une pass sanitaire. L'activité exercée ne doit pas pour autant causer un préjudice à l'employeur ou à l'entreprise initial. Finalement, cette possibilité adouci cette atteinte puisque le salarié peut continuer son activité professionnelle.

La crise économique a certes été une priorité pour le gouvernement, cependant la protection de la santé reste la principale cause pour cet acteur. En souhaitant relancer l'économie, les pouvoirs publics ont pris des mesures dans l'urgence. Toutefois, elles ont menacé en grande partie l'intégrité physique des salariés.

---

<sup>346</sup> C. trav., art. L. 8261-1 et L. 8261-2.

<sup>347</sup> Soc., 19 mai 2010, n° 09-40.923, F-D - Soc., 20 juin 2018, n° 16-21.811, F-D.

<sup>348</sup> Article L. 1121-1 du code du travail

## **CHAPITRE 2 : La participation des salariés à la sauvegarde de la dignité humaine et de l'intégrité physique pendant la pandémie, une atteinte à leurs libertés malgré le manque de protection de l'Etat**

Les contaminations à la Covid-19 ne surviennent pas seulement dans la sphère privée, mais aussi dans les entreprises. Souvent, elles se limitent à quelques cas isolés, mais parfois, elles peuvent conduire à une véritable épidémie de Covid-19 entre collègues, avec des conséquences potentiellement néfastes pour leur santé et celle de leurs familles. Raison pour laquelle, les employeurs et les salariés ont des responsabilités qui ne peuvent enfreindre.

L'employeur est l'un des acteurs principaux de la lutte contre la propagation du virus. Il est tenu d'une obligation de sécurité. Il est débiteur de cette obligation de moyen renforcé laquelle est prévue par la Loi<sup>349</sup>. Autrement dit, l'obligation de l'employeur se situe au niveau de la prévention. Il n'incombe pas au chef d'entreprise 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 en fonction des recommandations du gouvernement, afin de prendre ensuite toutes les mesures utiles pour protéger les travailleurs exposés. L'employeur devra prendre alors les mesures nécessaires pour prévenir et/ou mettre fin au danger. Du côté du salarié, il a également sa part de responsabilité face au virus. Des mesures gouvernementales ont été prises pour lutter contre le virus. Dès lors, le salarié doit se conformer aux décisions. Il incombe à chaque salarié 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<sup>350</sup>.

En d'autres termes, le salarié doit donc se conformer aux instructions données par son employeur, respecter les consignes sanitaires pour assurer sa sécurité et celle de ses collègues de travail, mais aussi informer son employeur dès lors qu'il a connaissance de son exposition au virus, ou qu'il présente les symptômes du coronavirus.

Il n'en reste pas moins que le véritable acteur dans ce contexte inédit, c'est l'Etat. Les décisions qui ont été prise par ce dernier sont essentielles à l'heure de la pandémie, elles ont permis de sauver les citoyens du virus. Cependant, la manière dont l'Etat a géré la situation laisse entrevoir des critiques et donc une responsabilité de l'Etat potentiellement engagée.

---

<sup>349</sup> Article L 4121-1 du code du travail.

<sup>350</sup> CT, art. L. 4122-1 alinéa 1.

Dès lors, les pouvoirs publics ont pris de nombreuses décisions au sujet de la pandémie. En tout état de cause pour combattre le virus et pour diminuer le taux de mortalité, les salariés et les entreprises se doivent de respecter les dispositions faites par ce dernier. En ce sens, chaque individu a une responsabilité au sein de la collectivité. Ils se doivent de participer à la lutte contre le virus et à la protection de tous. D'une part, en respectant la vaccination obligatoire pour certains salariés, et d'autres part en respectant les équipements de sécurité tels que les masques, distanciations... Du côté des employeurs, ils ont une obligation de veiller à la santé et sécurité de ces desdits salariés et ce, au titre de leurs obligations de sécurité et de santé. A défaut, des sanctions pourront être engagées en cas de non-respect de cette obligation. Toutefois, cette obligation laisse entrevoir des complications dans le cadre de la pandémie puisque l'Etat n'aurait pas géré la situation sanitaire comme elle l'aurait dû le faire.

### **Section 1 : Une atteinte à l'intégrité physique du salarié justifiée en temps de Covid-19 et proportionnée à une exigence de santé publique dans le cadre de la vaccination**

La loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire<sup>351</sup> octroie la possibilité au Premier ministre d'imposer aux personnes souhaitant se déplacer<sup>352</sup>, 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<sup>353</sup>. Le Premier ministre pourra aussi 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 ces mêmes conditions. Cette réglementation sera 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<sup>354</sup>.

---

<sup>351</sup> Loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

<sup>352</sup> A 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.

<sup>353</sup> Sophie Monnier, Administration / Citoyens - L'obligation vaccinale en sursis ? - Libres propos : La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 26, 28 Juin 2021, act. 408.

<sup>354</sup> Op. cit. Sophie Monnier

La vaccination contre la Covid-19 rappelle le, a été rendu obligatoire sauf contre-indication médicale, pour les personnes travaillant dans les secteurs sanitaires et médico-social<sup>355</sup>. Les personnels non-vaccinés ont eu jusqu'au 15 septembre 2021 pour le faire, voire jusqu'au 15 octobre 2021 s'ils ont déjà reçu une première dose de vaccin. Un certificat de statut vaccinal leur sera délivré. Cette décision de rendre obligatoire ce vaccin a porté atteinte à l'intégrité physique des salariés qui y sont soumis. D'un point de vue éthique et juridique, les deux rejoignent l'idée que la vaccination est nécessaire à la préservation de la santé de tous (Paragraphe 1). Il relève alors que le respect de l'intégrité physique a été mis en balance avec l'intérêt général (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. La vaccination obligatoire, une atteinte à l'intégrité physique demeurant justifiée et proportionnée à l'exigence de santé publique**

Le législateur a choisi de ne pas rendre obligatoire la vaccination. Il a préféré opter pour la mise en place d'un passeport sanitaire qui incite la population à se faire vacciner. Néanmoins, le débat sur l'obligation vaccinale soulevé à propos des soignants perdure. Sur le plan éthique, la majorité des prises de position défendent une vaccination volontaire pour lutter contre la Covid-19 (A). Sur le plan juridique, il existe déjà des vaccinations obligatoires qui ont été validées par les juges (B). L'obligation vaccinale apparaît comme une question particulièrement sensible car elle engage les rapports de l'homme, dans ce qu'il a de plus intime, à savoir son corps, avec le pouvoir. Le caractère obligatoire de la vaccination engendre nécessairement une tension entre le droit individuel à l'intégrité physique et le droit collectif à la protection de la santé publique.

#### ***A. Une nécessité éthique de recourir à la vaccination contre la COVID-19***

Les professions de santé se sont prononcées de façon unanime en faveur de la vaccination<sup>356</sup>. L'Ordre des médecins a pris position le 6 mars 2021 en estimant que « *l'ensemble des soignants est aujourd'hui éligible à la vaccination contre la Covid-19, se faire vacciner est par conséquent une exigence éthique qui s'impose à tous, la vaccination diminuant considérablement les chaînes de transmission du virus* ». Le 7 mars 2021, les Ordres des professions de santé<sup>357</sup> ont appelé l'ensemble des soignants à se faire vacciner. En effet, les soignants sont les plus exposés au virus puisqu'ils sont en contact avec des personnes fragiles.

---

<sup>355</sup> Loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.

<sup>356</sup> Sophie Monnier, Administration / Citoyens - L'obligation vaccinale en sursis ? - Libres propos : La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 26, 28 Juin 2021, act. 408.

<sup>357</sup> Conseil national de l'ordre des médecins, Conseil national de l'ordre des sages-femmes, Conseil national de l'ordre des infirmiers, Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes, Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, Conseil national de l'ordre des pédicures-podologues, Conseil national de l'ordre des pharmaciens.

C'est pourquoi, « *les ordres des professions de santé appellent d'une seule voix l'ensemble des soignants à se faire vacciner. A la fois parce que cela relève de leur devoir déontologique, protéger leurs patients en toutes circonstances, et parce qu'il est impératif qu'ils puissent eux-mêmes se protéger contre le virus, ainsi que leurs proches, et freiner la propagation de l'épidémie* ». Enfin, l'Académie nationale de médecine a publié un communiqué, le 9 mars 2021<sup>358</sup>, dans lequel elle défend une position plus radicale en recommandant de rendre obligatoire la vaccination contre la Covid-19 pour tous les professionnels de santé exerçant dans le secteur public ou libéral, dans les établissements de santé et dans les EHPADs, ainsi que pour les auxiliaires de vie pour personnes âgées<sup>359</sup>. En ce sens, une proposition de loi a été déposée et enregistrée au Sénat le 15 avril 2021, sur l'extension de l'obligation vaccinale des professionnels de santé à la vaccination contre la Covid-19<sup>360</sup>.

L'Académie de médecine juge « *l'hésitation vaccinale éthiquement inacceptable chez les soignants* ». Selon les derniers chiffres de la Direction générale de la santé (DGS) datant de début avril 2021, 51% des professionnels et intervenants de santé ont reçu une première dose, tandis que 25 % en avaient reçu deux. Le mouvement s'est donc accéléré, puisque le taux de vaccination des soignants (au moins une dose) n'était que de 30 % au début du mois de mars<sup>361</sup>. La situation des personnels soignants s'avère particulière dans la mesure où, si la contamination est contractée dans un établissement de santé, elle relève du régime des infections nosocomiales, régime de responsabilité sans faute dont l'établissement ne peut s'exonérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère<sup>362</sup>.

Le 29 mars 2021, le CCNE et la conférence nationale des espaces de réflexion éthique régionaux ont diffusé une opinion relative aux enjeux éthiques soulevés par la vaccination contre la Covid-19<sup>363</sup>. Selon eux, la vaccination des soignants relève d'une obligation déontologique. Estimant qu'il ne leur appartient pas de se prononcer sur les moyens de parvenir à ce que tous les personnels de santé soient vaccinés, ils se sont gardés de prendre position sur le caractère obligatoire de la vaccination. Ils ont en revanche plaidé pour une approche souple, pédagogique et active en faveur de la vaccination<sup>364</sup>.

---

<sup>358</sup> Académie nationale de médecine. Communiqué « La vaccination des soignants contre la Covid-19 doit devenir obligatoire », 9 mars 2021.

<sup>359</sup> Sophie Monnier, Administration / Citoyens - L'obligation vaccinale en sursis ? - Libres propos : La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 26, 28 Juin 2021, act. 408.

<sup>360</sup> Op. cit. Sophie Monnier.

<sup>361</sup> Le tableau de bord de la vaccination - Ministère de la Santé et de la Prévention (solidarites-sante.gouv.fr).

<sup>362</sup> CSP, art. L. 1142-1.

<sup>363</sup> Comité consultatif national d'éthique, « Avis du CCNE : enjeux éthiques relatifs à la vaccination contre la Covid-19 des enfants et des adolescents », Réponse à la saisine du ministre des Solidarités et de la Santé, le 9 juin 2021.

<sup>364</sup> Op. cit. Sophie Monnier.



À l'inverse, un nouveau communiqué de l'Académie nationale de médecine en date du 25 mai 2021 dont l'intitulé ne souffre aucune équivoque « *Obligation n'est pas un gros mot quand il s'agit de vacciner contre la Covid-19* »<sup>365</sup> réitère la nécessité de recourir à l'obligation vaccinale. L'Académie de médecine recommande de rendre exigible la vaccination pour plusieurs catégories de personnes. Au niveau international, les institutions défendent une approche non contraignante de la vaccination<sup>366</sup>. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a publié une résolution sur « *les considérations éthiques, juridiques et pratiques* » autour du vaccin contre la Covid-19<sup>367</sup>. Elle préconise, pour garantir un niveau élevé d'acceptation des vaccins, « *de 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* »<sup>368</sup>.

Le Comité international de bioéthique et la Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies de l'UNESCO<sup>369</sup> considèrent que la stratégie vaccinale doit reposer sur un modèle non obligatoire et non punitif, fondé sur l'information et l'éducation. C'est la raison pour laquelle ils insistent sur les campagnes d'information, de communication et d'éducation visant à illustrer l'importance des vaccinations pour l'individu et pour la société<sup>370</sup>. Selon eux, ces campagnes suscitent une participation spontanée et ce, à l'échelle mondiale. En effet, plus les efforts déployés sur le plan éducatif et la volonté de communiquer seront importants, plus nombreuses seront les personnes qui se feront vacciner volontairement<sup>371</sup>. L'objectif primordial consiste donc à développer la confiance du public à l'égard des vaccins pour parvenir à l'immunité collective<sup>372</sup>.

Néanmoins, sur le plan juridique il est évident que la vaccination porte atteinte aux droits et libertés des salariés, en particulier à l'intégrité physique des salariés.

---

<sup>365</sup> "Obligation" n'est pas un gros mot quand il s'agit de vacciner contre la Covid-19 Communiqué de l'Académie nationale de médecine 25 mai 2021.

<sup>366</sup> Sophie Monnier, Administration / Citoyens - L'obligation vaccinale en sursis ? - Libres propos : La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 26, 28 Juin 2021, act. 408.

<sup>367</sup> Op. cit. Sophie Monnier.

<sup>368</sup> Assemblée parlementaire, Rés. 2361 (2021), 27 janv. 2021

<sup>369</sup> Appel des commissions d'éthique de l'UNESCO en faveur de l'équité et de la solidarité mondiales en matière de vaccins : déclaration conjointe du Comité international de bioéthique de l'UNESCO (CIB) et de la Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies de l'UNESCO (COMEST), 24 févr. 2021

<sup>370</sup> Op. cit. Sophie Monnier.

<sup>371</sup> Op. cit. Sophie Monnier.

<sup>372</sup> Op. cit. Sophie Monnier.

## ***B. Un dirigisme sanitaire faisant prévaloir l'exigence de protection de la santé publique sur l'intégrité physique des salariés pendant la Covid-19***

L'obligation vaccinale a suscité des débats sur le plan juridique car elle induit une contrainte corporelle imposée par l'État<sup>373</sup>. C'est la raison pour laquelle certains parlent de dirigisme sanitaire<sup>374</sup>. Elle consiste à faire prévaloir l'exigence de protection de la santé publique donc la sécurité collective sur la liberté individuelle. Ce qui semble logique dans la mesure où on ne peut avoir de liberté tant que la santé est en péril. Néanmoins, depuis la première vaccination obligatoire instaurée en 1902 pour lutter contre la variole<sup>375</sup>, le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour rendre obligatoire la vaccination antitétanique et antidiphtérique en 1940, puis la vaccination contre la tuberculose en 1950, celle contre la poliomyélite en 1964 ; jusqu'à la loi du 30 décembre 2017 ayant finalement étendu à 11 le nombre de vaccins obligatoires pour les enfants nés à compter du 1er janvier 2018<sup>376</sup>. À l'heure actuelle, la loi impose des vaccinations obligatoires dans plusieurs hypothèses. L'une d'elles couvre les vaccinations qui sont rendues obligatoires à titre permanent pour l'ensemble de la population française<sup>377</sup>. Elles sont régies par l'article L.3111-2 du Code de la santé publique. Une autre concerne les obligations vaccinales spécifiques applicables à certaines professions qui sont réglementées par l'article L.3111-4 du Code de la santé publique.

La jurisprudence a eu l'occasion de valider ces dispositifs de vaccination obligatoire. Dans une affaire<sup>378</sup>, le Conseil constitutionnel a déclaré le dispositif de vaccination obligatoire des enfants mineurs conforme à la Constitution au motif qu'en imposant ces obligations de vaccination, le législateur avait entendu lutter contre trois maladies graves et contagieuses ou insusceptibles d'être éradiquées<sup>379</sup>. Le Conseil constitutionnel a justifié le caractère obligatoire de la vaccination sur l'exigence constitutionnelle de protection de la santé qui découle du 11e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Il a effectué un contrôle de proportionnalité entre cette exigence constitutionnelle et le risque, invoqué par les requérants, que feraient peser sur la santé des enfants les vaccins obligatoires<sup>380</sup>.

---

<sup>373</sup> Sophie Monnier, *Administration / Citoyens - L'obligation vaccinale en sursis ? - Libres propos : La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 26, 28 Juin 2021, act. 408.

<sup>374</sup> F. Moderne, *Le régime juridique des vaccinations obligatoires* : AJDA 1965, p. 195.

<sup>375</sup> Repères. 1902 : première obligation vaccinale contre la variole (dna.fr).

<sup>376</sup> Article L 3111-2 du code du travail.

<sup>377</sup> Op. cit. Sophie Monnier

<sup>378</sup> V. Racht-Darfeuil, K. Foucher, « L'autocensure du Conseil constitutionnel sur l'obligation vaccinale » : JCP G 2015,1055. – H. Daïmallah, *L'obligation de vaccination des enfants mineurs devant le Conseil constitutionnel* : Constitutions, 2015, n° 2015-2, p. 267, n° 2015-458 QPC

<sup>379</sup> Op. cit. Sophie Monnier

<sup>380</sup> Op. cit. Sophie Monnier

Le Conseil a relevé que la politique de vaccination obligatoire est entourée de garanties posées par la loi : avis du Haut Conseil de la santé publique ; possibilité de suspendre les obligations de vaccination, pour tout ou partie de la population, afin de tenir compte de la situation épidémiologique et des connaissances médicales et scientifiques ; possibilité de se soustraire à ces obligations en cas de contre-indication médicale reconnue<sup>381</sup>. Toutefois, la décision accorde au législateur une très large marge d'appréciation<sup>382</sup>. Le Conseil constitutionnel, comme souvent dans le domaine de la santé, reste prudent en considérant qu'il n'appartient pas au Conseil, qui « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé* ». De son côté, le Conseil d'État a été conduit à apprécier la conventionalité des vaccinations obligatoires. À l'occasion du recours formé contre l'extension de la liste des vaccinations obligatoires, le Conseil a fait sienne l'interprétation du droit au respect de la vie privée retenue par la CEDH en considérant que le droit à l'intégrité physique fait partie du droit au respect de la vie privée au sens des stipulations de l'article 8<sup>383</sup>. Par conséquent, il en déduit qu'une vaccination obligatoire constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée puisqu'elle porte atteinte au droit à l'intégrité physique<sup>384</sup>.

Néanmoins, cette ingérence est admissible « *si elle est justifiée par des considérations de santé publique et proportionnée à l'objectif poursuivi. Il doit ainsi 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* ». En l'espèce, le Conseil estime la restriction portée à la vie privée « *justifiée par l'objectif poursuivi d'amélioration de la couverture vaccinale pour, en particulier, atteindre le seuil nécessaire à une immunité de groupe au bénéfice de l'ensemble de la population, et proportionnée à ce but* »<sup>385</sup>. Par conséquent, l'atteinte faite aux libertés individuelles avec l'obligation vaccinale est justifiée et proportionnée par une exigence de santé publique.

---

<sup>381</sup> Sophie Monnier, Administration / Citoyens - L'obligation vaccinale en sursis ? - Libres propos: La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 26, 28 Juin 2021, act. 408.

<sup>382</sup>Op. cit. Sophie Monnier

<sup>383</sup>Op. cit. Sophie Monnier.

<sup>384</sup>Op. cit. Sophie Monnier.

<sup>385</sup> CE, 6 mai 2019, n° 419242, Ligue nationale pour la liberté des vaccinations : JCP A 2019, act. 328, obs. M. Touzeil-Divina ; RDSS 2019, p. 558, obs. J. Peigné.

Par ailleurs, l'extension de la liste des vaccinations obligatoires est légale, dans la mesure où les maladies contre lesquelles il s'agit d'imposer la vaccination sont graves et potentiellement mortelles, et qu'il s'agit de maladies extrêmement contagieuses<sup>386</sup>. Le Conseil d'État écarte de la même manière le moyen tiré de l'inconventionnalité de la loi avec l'article 5 de la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine qui consacre le droit au consentement libre et éclairé<sup>387</sup>. Il juge l'atteinte portée à l'obligation de consentir à toute intervention dans le domaine de la santé justifiée par la nécessité de protéger la santé publique et proportionnée au but poursuivi<sup>388</sup>.

Dans un arrêt du 8 avril 2021, la CEDH a appréhendé la question de l'obligation vaccinale des enfants mineurs<sup>389</sup>. Elle a pris en compte non seulement l'atteinte portée au respect de la vie privée qu'elle estime justifiée au nom de la protection de la santé mais elle a aussi invoqué l'importance de l'obligation vaccinale au regard de la solidarité sociale car l'objet de l'obligation en cause est « *de protéger la santé de tous les membres de la société, en particulier des personnes qui sont particulièrement vulnérables face à certaines maladies et pour lesquelles le reste de la population est invité à prendre un risque minime en se faisant vacciner* »<sup>390</sup>. Il est d'autant plus intéressant de relever ce nouveau fondement de l'obligation vaccinale que le concept de solidarité sociale est peu mobilisé par la Cour<sup>391</sup>. Une telle considération portée à la solidarité sociale n'est pas sans rappeler la conception de Duguit<sup>392</sup>. Pour lui, ce qui compte « *ce n'est pas que les hommes naissent libres et égaux en droit, mais bien qu'ils naissent membres d'une collectivité et assujettis par ce fait à toutes les obligations qu'impliquent le maintien et le développement de la vie collective* »<sup>393</sup>. Si la solidarité sociale n'apparaît pas explicitement comme fondement de l'obligation vaccinale en France, elle l'est indirectement au travers du régime de responsabilité mis en œuvre<sup>394</sup>. En effet, la réparation des dommages résultant de la vaccination obligatoire est fondée sur la solidarité nationale<sup>395</sup>.

---

<sup>386</sup> Sophie Monnier, Administration / Citoyens - L'obligation vaccinale en sursis ? - Libres propos par Sophie Monnier : La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 26, 28 Juin 2021, act. 408.

<sup>387</sup> H. Daïmallah, L'obligation de vaccination des enfants mineurs devant le Conseil constitutionnel : Constitutions, 2015, n° 2015-2, p. 267).

<sup>388</sup> Op. cit. Sophie Monnier.

<sup>389</sup> Dans son arrêt de Grande Chambre<sup>1</sup>, rendu ce jour dans l'affaire Vavříčka et autres c. République tchèque (requête n°47621/13 et cinq autres requêtes).

<sup>390</sup> CEDH, 8 avr. 2021, n° 47621/13 et a., Vavricka et a. c/ République Tchèque : JCP G 2021, 444, note F. Sudre.

<sup>391</sup> Op. cit. Sophie Monnier.

<sup>392</sup> Op. cit. Sophie Monnier.

<sup>393</sup> S. Pinon, Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante : RDP 2010, p. 523. – L. Duguit, Manuel de droit constitutionnel, 4<sup>e</sup> éd., 1923, p. 5.

<sup>394</sup> Sophie Monnier, Administration / Citoyens - L'obligation vaccinale en sursis ? - Libres propos : La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 26, 28 Juin 2021, act. 408.

<sup>395</sup> M.-L. Moquet-Anger, L'indemnisation des victimes de dommages causés par des vaccins : JCP A 2021, act. 55.

Ce régime d'indemnisation favorable aux victimes peut être considéré comme une forme de compensation en contrepartie des obligations imposées par la collectivité dans l'intérêt général<sup>396</sup>.

En définitive, sur le plan juridique, le caractère obligatoire de la vaccination justifié par l'exigence de protection de la santé publique porte nécessairement atteinte au droit à l'intégrité physique. Mais elle reste proportionnée à ce but.

En dépit des mesures prises par le gouvernement qui menacent les libertés individuelles des salariés, mais qui restent justifiées et proportionnées par l'exigence de santé publique, il se trouve que ces derniers ont un rôle à jouer dans la protection de la santé en période COVID-19. A ce titre, ils doivent respecter la vie d'autrui en se conformant aux dispositions émises par le gouvernement.

## **Paragraphe 2. La primauté de l'intérêt général sur la protection de l'intégrité physique du salarié**

Le droit au respect de l'intégrité physique, immuable de la libre disposition de soi, suppose, que toute personne puisse refuser un traitement ou un soin même nécessaire à sa survie. Le principe de l'inviolabilité a été consacré par le législateur dans la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. L'article 16 du Code civil dispose que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». L'article 16-1 affirme de manière très claire que « *chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable* ». Le principe a donc pour finalité de protéger le corps humain des atteintes des tiers. Cependant, il est possible de porter atteinte aux droits primordiaux de l'individu, notamment lorsque cela est justifiée et proportionnée au but poursuivi (A).

Il se doit également pour le salarié de participer à toute lutte contre une menace, et préserver la santé d'autrui en respectant les dispositions émises par les pouvoirs publics, dans le cas notamment de la Covid-19 (B).

---

<sup>396</sup> Op. cit. Sophie Monnier.

### ***A. La violation du corps humain avec la vaccination obligatoire, une atteinte aux libertés individuelles des salariés au profit de l'intérêt général***

L'article 16-1 affirme de manière très claire que « *chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable* ». Le Conseil constitutionnel a, à ce titre, affirmé que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* »<sup>397</sup>. Mais, si les textes reconnaissent à la personne le droit de s'opposer à toute atteinte à son intégrité physique, ils admettent également que celle-ci a le droit d'autoriser une telle atteinte. Dès lors, en ce qui concerne la vaccination de la Covid-19, tant qu'un vaccin n'est pas rendu obligatoire par le Code de santé publique, l'employeur ne peut pas obliger à se faire vacciner. Si un employeur impose un vaccin contre la COVID-19, c'est une violation du droit à disposer de son corps et du droit à l'intégrité physique, deux libertés qui sont donc fondamentales. Et ce, même si le Code du Travail dispose à travers l'article L.4121-1 qu'il incombe à l'employeur de « *prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des salariés* ». Il lui appartient uniquement de mettre tous les moyens en œuvre pour protéger la santé de ses collaborateurs contre les risques externes à l'entreprise, telle qu'une pandémie.

A savoir que seul l'État peut acter du caractère obligatoire ou simplement recommandé d'une vaccination professionnelle définie par le ministère de la Santé après avis de la Haute Autorité de santé. Dès lors, la vaccination des soignants contre la COVID-19 étant obligatoire, l'entreprise peut dans ce seul cas demander la preuve de vaccination du salarié. De même, si le vaccin est rendu obligatoire par une modification du Code de santé publique, l'employeur devra vérifier que le salarié est vacciné ou demander de le faire si ce n'est pas le cas. Or en l'état, ce n'est pas le cas. La vaccination a été rendu obligatoire que pour les professionnels de santé (Cf. annexe 3).

Du côté de la jurisprudence, elle se montre assez claire sur le sujet de la vaccination obligatoire. À plusieurs reprises, comme en 2001 et 2019, le Conseil d'Etat a rejeté les requêtes de la Ligue nationale pour la liberté des vaccinations<sup>398</sup>.

---

<sup>397</sup> Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

<sup>398</sup> Conseil d'Etat, 1 / 2 SSR, du 26 novembre 2001, 222741, publié au recueil Lebon.

Pour la plus Haute juridiction administrative, le caractère obligatoire ne contredit pas le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ni même le principe constitutionnel de la liberté de conscience dès lors qu'elle a pour but « *d'assurer la protection de la santé* ».

De ce fait, la vaccination pour les salariés qui y sont soumis est une atteinte à leur intégrité physique, cependant elle est justifiée et proportionnée par l'objectif poursuivi par les pouvoirs publics, la protection de la santé. Finalement, le respect des libertés individuelles doit être mis en balance avec l'intérêt général<sup>399</sup>. L'Etat peut porter atteinte aux droits primordiaux de l'individu, notamment lorsque l'objectif poursuivi est celui de protéger contre des maladies susceptibles de faire peser un risque grave sur la santé<sup>400</sup>.

Ainsi, les mesures prises par le gouvernement permettent de préserver la santé de tous. Le but étant de diminuer la propagation du virus et de lutter contre cette maladie. Dès lors, les salariés ont une part de responsabilité en cette période.

### ***B. L'appel à la responsabilité individuelle des salariés face au coronavirus pour préserver la santé de tous***

Le salarié a des obligations à respecter et ce, au titre de l'article L. 4122-1 du code du travail aux termes duquel « *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 et ses omissions au travail* ». La question se pose alors de savoir si l'employeur peut par exemple sanctionner, voire licencier le salarié qui aurait continué à se rendre sur son lieu de travail alors qu'il se savait possiblement infecté.

A l'appui d'une telle mesure, l'employeur peut être tenté d'invoquer l'article L.1221-1 du code du travail aux termes duquel « *le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi* ». On pourrait en effet considérer qu'en n'informant pas son employeur de sa qualité de cas contact ou de sa positivité au Covid-19, le salarié manque à son obligation légale de sécurité et participe à la propagation de l'épidémie en faisant courir un risque de contamination à son environnement de travail<sup>401</sup>. En effet, des salariés peuvent être tentés de poursuivre leur activité alors qu'ils ont été testés positifs ou qu'ils sont cas contacts à seule fin de ne pas perdre un élément de rémunération<sup>402</sup>.

---

<sup>399</sup> Delphine Provence, Avocate, « La vaccination obligatoire des soignants contre la Covid-19 est-elle légale ? ».

<sup>400</sup> CEDH, 8 avr. 2021, Vavříčka c. République tchèque, n°46621/13.

<sup>401</sup> Les Echos, « La vie privée des salariés à l'épreuve de la crise sanitaire : quelle articulation entre obligations de l'employeur et respect de la vie privée ? », 12 mai 2021.

<sup>402</sup> Prime de fin d'année ou de 13ème mois par exemple.

Mais on peut se demander si l'obligation de sécurité a pour objet d'appréhender ceux des comportements des salariés dans l'entreprise qui ne se rattachent pas directement à l'exécution de travail.

Dans un arrêt rendu le 4 octobre 2011<sup>403</sup>, la cour de cassation a validé le licenciement pour faute grave d'un salarié qui avait amené son chien dans l'entreprise, lequel lui avait échappé et avait violemment agressé une autre salariée de l'entreprise. Ce faisant, la cour de cassation reconnaît une obligation générale de sécurité du salarié qui doit s'abstenir de toute mise en danger d'autrui, même si les faits ne se rattachent pas à la situation de travail. La Cour de cassation a plus récemment validé le licenciement d'un salarié pour avoir continué à travailler sachant qu'il n'était pas en état de le faire et en faisant courir des risques à ses collègues<sup>404</sup>. S'agissant de la crise sanitaire actuelle, dans une affaire récente, un salarié, bien que n'ayant pas de symptômes du Covid-19, avait pratiqué un test de dépistage avant de se rendre dans son entreprise, lequel s'était par la suite révélé positif. Il a été licencié pour faute grave par son employeur. Il a alors saisi le conseil de prud'hommes pour contester son licenciement. Cette affaire, qui n'a pas encore été tranchée, donnera une première indication sur la façon dont les juges se positionneront s'agissant de l'obligation pour le salarié de révéler à son employeur sa qualité de cas contact ou sa positivité au Covid-19<sup>405</sup>.

Par ailleurs, le salarié au nom de son obligation de sécurité doit également respecter les dispositions imposées par le gouvernement, en particulier le port du masque. Dans la mesure où le port du masque constitue un moyen de protection de la santé des travailleurs, le refus de s'y conformer est de nature à justifier une sanction disciplinaire<sup>406</sup>. Chaque salarié est responsable des actes, initiatives et précautions qu'il lui appartient de prendre en matière de sécurité. Rappelons que le Code du travail oblige tous les employés à prendre en compte, dans leur comportement au travail, l'élément sécurité, tant vis-à-vis d'eux-mêmes que des autres salariés et des tiers<sup>407</sup>. Le comportement ou les agissements d'un salarié qui présentent un danger pour autrui peut justifier un licenciement immédiat pour faute grave. C'est le cas par exemple, un responsable de magasin qui n'a pas pris les mesures nécessaires pour remplacer un escabeau cassé dont l'utilisation constituait un danger pour le personnel peut être sanctionné de ce fait<sup>408</sup>. Cela implique, cependant d'avoir consigné par écrit dans une note adjointe au règlement intérieur les règles de port obligatoire du masque. En effet, comment reprocher à un salarié la méconnaissance d'une règle de sécurité s'il n'a pas été informé de son existence ?

---

<sup>403</sup> Cass. 4 octobre 2011 n°10-18.862.

<sup>404</sup> Cass. soc. 12 octobre 2017, n°16-18.836 à propos d'un salarié cariste.

<sup>405</sup> Les Echos, « La vie privée des salariés à l'épreuve de la crise sanitaire : quelle articulation entre obligations de l'employeur et respect de la vie privée ? », 12 mai 2021.

<sup>406</sup> Sylvain NIEL, Lamyline, « Travailler masqué », Les cahiers du DRH, n°280, 1<sup>er</sup> novembre 2020.

<sup>407</sup> C. trav., art. L. 4122-1.

<sup>408</sup> Cass. soc., 6 juin 2007, n° 05-45.984.



Un tel manquement pourra entraîner une mise à pied, voire un licenciement disciplinaire<sup>409</sup>. Néanmoins, cela dépend évidemment de la circonstance et d'appréciation de la situation de danger. La riposte doit être proportionnée aux manquement commis<sup>410</sup>.

De ce fait, l'employeur ne peut prévoir des sanctions démesurées. Il est ainsi excessif de réprimer un salarié qui, quoique dans un lieu clos, n'arbore pas de masque, mais respecte une distance de sécurité d'un mètre ou le retire par intermittence. Ce qui peut être sanctionné, c'est le refus *réitéré* de port du masque à proximité d'autres personnes au mépris de toutes les règles de sécurité. Dans ce cas, la direction a même l'obligation, pour protéger le personnel, d'éloigner le salarié insoumis en lui signifiant une mise à pied conservatoire et qui peut anticiper un licenciement pour faute grave en fonction de l'importance du risque encouru par les tiers et de l'ancienneté du salarié<sup>411</sup>.

De la même façon, la direction sera en droit de sanctionner un salarié porteur, dans les locaux de l'entreprise, d'un foulard ou d'une écharpe en lieu et place d'un masque homologué. D'autant qu'aucune étude n'a à ce jour démontré en pratique l'efficacité de ces étoffes pour se protéger, les mailles du tissu utilisé laissant passer les virus. De plus, ils exposent au risque de se toucher fréquemment le visage et d'une contamination par les mains.

Ainsi, le salarié doit participer à la lutte contre le virus, et préserver la santé d'autrui en respectant les dispositions émises par les pouvoirs publics. On songe en particulier aux masques. Toutefois, le gouvernement n'a pas réagi assez vite face au contexte sanitaire. Dès lors, comment le salarié peut-il préserver son intégrité physique et celles des autres, sans protection offerte par l'Etat ?

## **Section 2 : Un manque de protections face à l'épidémie affectant l'intégrité physique des salariés et le droit de retrait préservant cette liberté**

La progression en France de la pandémie depuis le mois de février 2020 risque d'exposer de plus en plus de travailleurs au coronavirus sur leur lieu de travail. On pense bien sûr d'abord aux personnels soignants, quelle que soit la structure au sein de laquelle ils exercent, mais aussi à de très nombreux travailleurs qui sont en contact avec le public du fait de leur travail. Les règles de protection contre la diffusion du virus ont été, en période de Covid-19, plus que vitales pour préserver leurs santés (Paragraphe 1). Or dans ce contexte, si l'équipement de protection n'a pas été accessible pour le salarié alors il peut courir un danger grave et imminent.

---

<sup>409</sup> Sylvain NIEL, Lamyline, « Travailler masqué », Les cahiers du DRH, n°280, 1<sup>er</sup> novembre 2020.

<sup>410</sup> Op. cit. Sylvain NIEL.

<sup>411</sup> Op. cit. Sylvain NIEL.

En ce sens, un nombre important de travailleurs ont fait un usage de leur droit de retrait pour une situation dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour leur vie ou leur santé, afin de pousser l'employeur à prendre des mesures de protection efficaces contre la propagation du virus sur les lieux de travail<sup>412</sup>. Le droit de retrait appliqué est régi par les dispositions des articles L. 4131-1 et L. 4151-1 du Code du travail liant étroitement la notion de « *danger grave et imminent* »<sup>413</sup>. Pour être admis, le droit de retrait est donc soumis à deux conditions cumulatives soit la présence d'un grave danger et le caractère imminent de la survenance de ce danger<sup>414</sup>. Par danger grave, il faut entendre « *un danger susceptible de produire un accident ou une maladie entraînant la mort ou paraissant devoir entraîner une incapacité permanente ou temporaire prolongée* ». La dernière circulaire relative au droit de retrait du 12 octobre 2012<sup>415</sup> précise que « *la notion de danger grave et imminent est entendue, par référence à la jurisprudence sociale, comme étant une menace directe pour la vie ou la santé du fonctionnaire ou de l'agent, c'est-à-dire une situation de fait pouvant provoquer un dommage à l'intégrité physique ou à la santé de la personne* ».

Par imminence, il faut entendre un danger susceptible de se réaliser brutalement et dans un délai rapproché. Le danger doit impliquer un risque évident et majeur pour le salarié qui ne laisse aucune autre option à l'agent que de se retirer de son poste de travail<sup>416</sup>. Un travail dangereux ne peut à lui seul justifier de l'exercice de ce droit. De la même manière, la mise à disposition de moyens de protection individuelle adaptés, dans un environnement de travail dangereux, doit être prise en compte comme de nature à limiter le recours à ce droit<sup>417</sup>. Cependant le salarié conserve une latitude d'appréciation et un certain droit à l'erreur, sous réserve qu'elle soit « *raisonnable* »<sup>418</sup> (Paragraphe 2).

---

<sup>412</sup> Pdf retrait document.

<sup>413</sup> L'article L. 4111-1 prévoit l'application de ces dispositions pour la FPH.

<sup>414</sup> Solidarité.gouv.fr, « Le droit de retrait appliqué au COVID-19 dans le milieu hospitalier ».

<sup>415</sup> Circulaire n° NOR INTB12098000C relative à l'application des dispositions du décret n° 85-603 du 10 juin 1985 modifié relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale.

<sup>416</sup> Op. cit. Solidarité.gouv.fr.

<sup>417</sup> C'est ainsi que la juridiction administrative a estimé que l'admission, dans un établissement hospitalier, des malades porteurs du virus HIV ou de celui de l'hépatite virale B ne présente pas, par elle-même, le caractère d'un danger grave et imminent au sens des dispositions précitées de l'article L. 4131-1 du Code du travail, dès lors qu'un tel établissement, en raison même de sa mission, doit être apte à faire face aux risques de contagion pour ses agents et pour les tiers (Hadjab et autres c./ Administration générale de l'Assistance publique de Paris, TA de Versailles, 2 juin 1994, Rec. CE, p. 1193).

<sup>418</sup> Op. cit. solidarité.gouv.fr.

## **Paragraphe 1 : L'intégrité physique des salariés préservée par les mesures de sécurité et de santé des entreprises**

Avec l'épidémie de Covid-19, les employeurs doivent s'assurer de prendre les mesures nécessaires pour protéger leurs salariés, tant du virus que des risques connexes. Pendant de nombreuses années, cette obligation recevait la qualification d'obligation de résultat. Par un arrêt « Air France » de la Cour de cassation en date du 25 novembre 2015<sup>419</sup>, les juges ont amorcé un assouplissement, faisant de celle-ci une obligation de moyen renforcé. Ainsi, dès lors que l'employeur justifie avoir pris toutes les mesures de prévention nécessaires, son obligation de sécurité est respectée. Finalement, les employeurs ont dû prendre des mesures de prévention face au risque épidémique, un risque nouveau et inédit qui touche l'ensemble des secteurs d'activité (A). Ainsi, l'employeur doit veiller à l'application des gestes barrières et doit fournir aux salariés les moyens de respecter ces gestes, telle que la mise à disposition permanente de savons et/ou gel hydroalcoolique, sacs poubelles, mouchoirs, masques et/ou gants le cas échéant. Cependant, le fait de ne pas respecter cette obligation, l'employeur expose le salarié à un risque identifié (B).

### ***A. Les règles de sécurité en entreprise préservant l'intégrité physique des salariés en temps de la COVID-19***

Aux termes de la loi, « l'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures comprennent des actions de prévention des risques professionnels, des actions d'information et de formation, la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés » et il doit veiller à « l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes »<sup>420</sup>. Ainsi, 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 en fonction notamment des recommandations du gouvernement, afin de prendre ensuite toutes les mesures utiles pour protéger les travailleurs exposés<sup>421</sup>. C'est au regard de ce cadre que doivent être définies les obligations respectives des employeurs mais aussi des salariés.

Il incombe à l'employeur dans la situation actuelle de procéder à l'évaluation des risques encourus sur les lieux de travail qui ne peuvent être évités en fonction de la nature du travail à effectuer, de déterminer en fonction de cette évaluation les mesures de prévention les plus pertinentes.

---

<sup>419</sup> Cass. Soc., 25 novembre 2015, n°14-24-444.

<sup>420</sup> L. 4121-1 du code du travail.

<sup>421</sup> Travail-emploi.gouv.fr, « FAQ - Responsabilité de l'employeur - Droit de retrait ».

Également, d'associer à ce travail les représentants du personnel, de solliciter lorsque cela est possible le service de médecine du travail qui a pour mission de conseiller les employeurs, les travailleurs et leurs représentants et, à ce titre, de préconiser toute information utile sur les mesures de protection efficaces, la mise en œuvre des « *gestes barrière* » et enfin de respecter et faire respecter les gestes barrière recommandés par les autorités sanitaires<sup>422</sup>. La responsabilité de l'employeur pour méconnaissance de cette obligation spécifique de prévention des risques professionnels peut être recherchée en amont de toute atteinte à l'intégrité physique ou mentale du travailleur, comme en raison d'une telle atteinte avec la survenance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle<sup>423</sup>.

Quelle que soit la situation, le respect de cette obligation spécifique ou au contraire sa méconnaissance ne sont pas présumés (sauf rares exceptions) et doivent faire l'objet d'une démonstration, en cas de litige<sup>424</sup>. Face à la pandémie, la responsabilité de l'employeur est évaluée au cas par cas, au regard de plusieurs critères<sup>425</sup>. Selon la nature des activités du salarié et son niveau d'exposition aux risques, compétences de l'intéressé, expérience, étendue des mesures prises par l'employeur, notamment en termes de formation et d'information, d'organisation du travail, d'instructions délivrées à la chaîne hiérarchique. Ces mesures doivent, le cas échéant, être réactualisées en fonction de l'évolution de la situation dans l'entreprise mais aussi des instructions des pouvoirs publics. En cas d'infection au virus, s'il est pris en charge au titre d'un accident du travail par la sécurité sociale, une éventuelle faute inexcusable de l'employeur qui ouvre droit à une réparation intégrale du préjudice ne peut être retenue que s'il est démontré que celui-ci avait conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver<sup>426</sup>.

Le salarié est également fondé à solliciter la réparation de son préjudice subi en raison des manquements de son employeur à son obligation de sécurité près le Conseil de Prud'hommes dans le cadre de deux actions possibles<sup>427</sup>. La prise d'acte de la rupture du contrat constitue un mode de rupture du contrat prise par une décision de justice. Le salarié saisit le juge afin que ce dernier statue sur les reproches qu'il impute à son employeur<sup>428</sup>. Cela produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits évoqués par le salarié le justifient.

---

<sup>422</sup> Travail-emploi.gouv.fr, « FAQ - Responsabilité de l'employeur - Droit de retrait ».

<sup>423</sup> L'arrêt de la Cour de cassation du 5 avril 2019.

<sup>424</sup> Op. cit travail-emploi.gouv.fr.

<sup>425</sup> Op. cit. travail-emploi.gouv.fr.

<sup>426</sup> Chapitre 1 Thème 1.

<sup>427</sup> Métropolitain, « Covid-19 : les obligations de l'employeur et du salarié », 3 décembre 2020.

<sup>428</sup> Manquements suffisamment graves pour empêcher la poursuite du contrat de travail.

Dans le cas contraire, cela produit les effets d'une démission<sup>429</sup>. Puis, une demande de résiliation judiciaire. Le salarié qui reproche à son employeur des manquements graves peut demander au Conseil de Prud'hommes de résilier son contrat de travail. En cas de résiliation, la rupture est considérée comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>430</sup>. Si la résiliation judiciaire n'est pas prononcée, le salarié continue de travailler dans les conditions habituelles<sup>431</sup>.

En définitive, l'employeur doit respecter son obligation de sécurité et de santé envers ses salariés. Il doit être d'autant plus vigilant en période de pandémie. La responsabilité pénale peut aussi être engagée à l'encontre d'un employeur qui ne respecterait pas les mesures édictées par le Gouvernement. On notera qu'il ne suffit pas que l'employeur prenne toutes les mesures pour protéger ses salariés, il convient qu'il les fasse respecter.

### ***B. La mise en cause de la responsabilité pénale des employeurs en cas de dommage causé aux salariés pendant l'épidémie***

Le risque pénal pesant sur les employeurs, fondé sur les délits d'homicide et de violences involontaires, apparaît réel en période de menace sanitaire. Il doit cependant être mesuré. Il doit également, s'agissant desdites menaces, être confronté avec les causes d'exonération des articles 122-1 et suivants du Code pénal, mais aussi avec l'article L. 3136-2 du Code de la santé publique, texte issu de la loi no2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions. Ce texte prescrit, en effet, d'apprécier la faute de l'agent en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont il disposait 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 mesure du risque pénal pesant sur l'employeur fondé sur les délits d'homicide et de violences involontaires doit toutefois être réalisée au vu des conditions de constitution de l'infraction.

La consommation du délit est, en effet, subordonnée, quelle que soit la personne à laquelle il est reproché, à la certitude du lien de causalité entre la faute et le dommage. Aussi, que le lien de causalité prétendu entre les agissements ou manquements de l'employeur et le dommage soit direct ou indirect, aucune infraction d'imprudence ne peut être constituée, ni aucune responsabilité pénale être engagée, tant qu'il n'est pas établi que ce rapport causal est certain.

---

<sup>429</sup> Métropolitain, « Covid-19 : les obligations de l'employeur et du salarié », 3 décembre 2020.

<sup>430</sup> Ou nul si le salarié était représentant du personnel).

<sup>431</sup> Métropolitain, « Covid-19 : les obligations de l'employeur et du salarié », 3 décembre 2020.

L'exigence de certitude du lien de causalité implique, pour qu'un délit d'imprudence soit consommé et imputé à un employeur à la suite de ses défaillances dans la gestion d'une menace sanitaire, qu'elles participent à un dommage<sup>432</sup>. Ce n'est pas, en effet, parce qu'un salarié s'est trouvé contaminé, atteint dans son intégrité ou décédé postérieurement à une telle défaillance de son employeur, que la contamination et ses éventuelles suites plus graves ont nécessairement été causées par la défaillance considérée<sup>433</sup>. Une probabilité ou encore une coïncidence ne sauraient être regardées comme synonymes d'une certitude causale<sup>434</sup>. Le fait qu'un dommage soit suivi d'une faute ne signifie pas nécessairement qu'il ait été provoqué par celle-ci<sup>435</sup>.

En revanche en présence d'un dommage, c'est-à-dire si le salarié a contracté le covid-19 sur son lieu de travail en raison de mesures de protection inadaptées, la responsabilité de l'employeur ou de ses délégataires pourra être recherchée en cas de décès ou même d'incapacité temporaire de travail (ITT)<sup>436</sup>. Sur le terrain des sanctions, en cas d'ITT d'une durée inférieure ou égale à trois mois, le fait de causer à autrui, par la « violation manifestement délibérée » d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende (C. pén., art. 222-20). Ensuite, les ITT supérieures à trois mois, causées par simple maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité sont punies de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende (C. pén., art. 222-19, al. 1er). En cas de violation « manifestement délibérée » d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité, les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 € d'amende (C. pén., art. 222-19, al. 2). En cas de décès du salarié, c'est-à-dire d'homicide involontaire, suite à une maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement, la peine prévue est de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende (C. pén., art. 221-6, al. 1er) portée à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 € d'amende s'il y a violation « manifestement délibérée » d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité (C. pén., art. 221-6, al. 2).

La survenance d'une ITT ou le décès d'un salarié ayant été invité par l'employeur à poursuivre son activité pourra inciter le parquet à ouvrir une enquête préliminaire<sup>437</sup>. La difficulté sera, pour l'employeur, de justifier de l'adéquation des mesures adoptées et de leur suivi rigoureux par les salariés, mais aussi d'établir que la contamination n'est pas intervenue sur le lieu de travail.

---

<sup>432</sup> Lamyline, « L'employeur face aux délits d'imprudence, à la causalité et aux menaces sanitaires dont l'épidémie de Covid-19 », *Jurisprudence Sociale Lamy*, n°508, 23 novembre 2020.

<sup>433</sup> Op. cit. Lamyline.

<sup>434</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, 12ème éd. 2018, Dalloz, no 1090).

<sup>435</sup> Op. cit. Lamyline.

<sup>436</sup> Pierre-Henri GOUT, *Dalloz*, « L'entreprise et le droit pénal au temps du covid-19 », 13 juillet 2022.

<sup>437</sup> Op. cit. Pierre-Henri GOUT.

Cette preuve sera matériellement difficile à rapporter dans le contexte actuel où de grandes zones d'ombre demeurent quant à la manière dont se propage le virus<sup>438</sup>.

Toutefois, le pays a subi une pénurie de masque en début de crise, le 13 mars 2020, la DGS avait reçu une note indiquant que la France est confrontée à une pénurie en équipement<sup>439</sup>. Par conséquent, comment l'employeur peut en principe respecter son obligation de sécurité et de santé si ce dernier n'a pas tous les outils pour faire face à la crise ?

## **Paragraphe 2. La responsabilité des pouvoirs publics en période de covid-19 et l'usage par les salariés de leur droit de retrait pour préserver leur intégrité physique**

L'État n'est pas confronté à sa première crise sanitaire. Les précédents du sang contaminé, de l'amiante, du Mediator et les futures crises, comme celle du Chlordécone, viennent à l'esprit de tous les juristes et de nombreux citoyens<sup>440</sup>. Les trois premières affaires, parce qu'elles ont déjà donné lieu à décision de la part du juge administratif, permettent de tirer trois enseignements qui peuvent être transposables au coronavirus<sup>441</sup>. Le juge administratif exigeait, il y a encore quelques décennies, qu'une faute lourde soit commise pour engager la responsabilité de l'État, c'est-à-dire qu'une faute d'une particulière gravité ait été commise<sup>442</sup>. Désormais, seule une faute simple est exigée. Pour autant, le juge administratif continue à tenir compte des contraintes qui pèsent sur l'administration et n'exige pas que cette dernière soit omnisciente ni qu'elle prenne des précautions démesurées<sup>443</sup>. Dès lors qu'une nouvelle maladie s'est diffusée sur toute la terre et une grande partie de la population n'y est pas immunisée. Le juge tiendra nécessairement compte de l'urgence dans laquelle l'État se trouve contraint d'agir, de l'ampleur de la crise sanitaire, des incertitudes qui entourent les diverses prévisions concernant l'évolution de l'épidémie<sup>444</sup>. Ainsi, d'un ensemble de circonstances exceptionnelles qui contribuent à ce que la faute ne soit reconnue qu'avec parcimonie<sup>445</sup>.

---

<sup>438</sup> Pierre-Henri GOUT, Dalloz, « L'entreprise et le droit pénal au temps du covid-19 », 13 juillet 2022.

<sup>439</sup> Economie.gouv.fr, « Lettre d'actualité du 13 mars 2020.

<sup>440</sup> Anne JACQUEMENT-GAUCHE, « Pénurie de masques : une responsabilité pour faute de l'État ? », La Semaine Juridique de l'Édition Générale n° 13, 30 mars 2020.

<sup>441</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>442</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>443</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>444</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>445</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

Le coût des mesures n'est pas un argument qui exonère l'État au vu de la faible somme (au regard d'autres dépenses induites par la crise) que représentent l'achat et le stockage de masques<sup>446</sup> (A).

Force est de constater que face à l'épidémie de covid-19, la réponse des autorités publiques s'est alors renforcée. Dans ce contexte inédit, certains salariés ont refusé de travailler, mettant en avant leur crainte d'être contaminés. Le droit de retrait permet donc au salarié de quitter son poste de travail ou de refuser de s'y installer sans l'accord de son employeur. En ce sens, aucune sanction ne peut être prise à l'encontre d'un salarié ayant exercé son droit de retrait qui voit par ailleurs sa rémunération maintenue. Cependant, afin d'exercer son droit de retrait, le salarié doit avoir un motif raisonnable de penser qu'une situation de travail présente un danger grave et imminent pour sa vie ou pour sa santé<sup>447</sup>. Cette situation constitue-t-elle, au travail, un danger grave et imminent ? (B).

### ***A. Une atteinte au droit à la santé des salariés par une carence fautive de l'Etat pendant la COVID-19***

Dans la jurisprudence administrative, toute carence est fautive ou, pour le dire autrement, dès lors que le juge reprend à son compte le terme de carence, cela signifie qu'il reconnaît la faute de l'État<sup>448</sup>. L'État se voit reprocher son inaction totale ou partielle, c'est-à-dire qu'il peut aussi lui être fait grief de ne pas avoir pris toutes les mesures qui s'imposaient, même s'il a partiellement agi<sup>449</sup>. En tout état de cause, l'État n'est pas responsable du coronavirus, mais uniquement de la manière dont il a géré la crise sanitaire<sup>450</sup>. S'agissant plus précisément des masques, trois sortes de carence sont, théoriquement, envisageables et peuvent être aussi bien de nature juridique<sup>451</sup>, que matérielle<sup>452</sup>. La première porte sur une mauvaise évaluation des besoins sanitaires en cas de crise. Ainsi, serait reproché à l'État un manque de précaution et/ou de prévention pour ne pas avoir constitué de stocks suffisants, en temps normal, afin de prévenir un risque de rupture de mise à disposition des masques<sup>453</sup>.

La deuxième carence pourrait porter sur la gestion du début de crise. En effet, les pouvoirs publics ont longtemps tergiversé sur l'utilité des masques et la nécessité d'en produire ou d'en commander suffisamment pour augmenter les stocks dans l'urgence.

---

<sup>446</sup> Anne JACQUEMENT-GAUCHE, « Pénurie de masques : une responsabilité pour faute de l'État ? », La Semaine Juridique de l'Édition Générale n° 13, 30 mars 2020.

<sup>447</sup> Aurélien Ascher, Avocat, « Covid 19 : Le droit de retrait des salariés à l'épreuve du Coronavirus », village-justice.com, 4 avril 2020/

<sup>448</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>449</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>450</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>451</sup> par ex. ne pas avoir édicté les bonnes mesures.

<sup>452</sup> par ex. ne pas avoir commandé et livré des masques.

<sup>453</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.



Pourtant, la situation n'était pas entièrement inédite au vu de la Chine, confrontée au virus plusieurs semaines avant la France<sup>454</sup>.

La troisième serait une carence au pic de la crise, par exemple si des masques disponibles en un lieu n'étaient pas livrés en temps utile sur l'ensemble du territoire, si des mesures juridiques n'étaient pas prises ou mal appliquées pour la détermination de besoins prioritaires<sup>455</sup>. Par conséquent, l'Etat a potentiellement commis une faute en ne prévoyant pas un stock suffisant de masques en vue d'une pandémie et une autre en affirmant que ceux-ci étaient utiles. Cependant, il a été décidé par le Tribunal administratif que le lien entre ces fautes et la contamination d'une personne à la Covid-19 n'était pas établi<sup>456</sup>.

Avec tous les risques de la COVID-19, il semble délicat que le juge administratif accepte de reconnaître une carence avant même le début de l'épidémie de coronavirus<sup>457</sup>. Ce faisant, il s'immiscerait excessivement dans des décisions politiques, dans la manière dont les politiques publiques sont déterminées par les gouvernants<sup>458</sup>. Quels stocks stratégiques effectuer pour faire face à une menace sanitaire, écologique ou à une catastrophe naturelle ? Cette question est politique<sup>459</sup>. Il n'appartient pas au juge administratif d'y répondre<sup>460</sup>. En revanche, il n'est pas exclu que le manque de réaction ou que la réaction tardive des pouvoirs publics et surtout de la ministre de la Santé soit considérée comme une carence fautive alors que, dès décembre 2019/janvier 2020, plusieurs alertes indiquaient qu'une épidémie était imminente en France, à la suite de la Chine<sup>461</sup>. Ainsi, les « regrets » exprimés dans les colonnes du Monde le 17 mars 2020 par l'ancienne ministre de la Santé qui affirmait avoir eu connaissance de la situation en Chine dès le 20 décembre 2019 pourraient faciliter la reconnaissance de la carence<sup>462</sup>. De même, s'il était prouvé prochainement que des masques sont disponibles actuellement sur le territoire, mais mal distribués, là aussi la carence pourrait être retenue. Même si elle venait à être reconnue, la faute ne suffirait pas à engager la responsabilité de l'État. En droit positif, la victime doit en plus apporter la preuve d'un préjudice et du lien de causalité entre celui-ci et la carence<sup>463</sup>.

---

<sup>454</sup> Anne JACQUEMENT-GAUCHE, « Pénurie de masques : une responsabilité pour faute de l'État ? », La Semaine Juridique de l'Édition Générale n° 13, 30 mars 2020.

<sup>455</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>456</sup> TA Paris 29 juin 2022, req. n°2012679/6-3, obs.de Montecler.

<sup>457</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>458</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>459</sup> Comme le prouve notamment la primauté des considérations budgétaires après 2011 concernant la gestion des stocks de masques

<sup>460</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>461</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>462</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>463</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

En l'état actuel des connaissances scientifiques, les déclarations des épidémiologistes sont unanimes pour affirmer que le port du masque FFP2 constitue une mesure de protection efficace pour lutter contre la transmission du coronavirus, ce qui pourrait faciliter l'établissement du lien de causalité. Ainsi, les soignants, livreurs, employés de supermarché, mais aussi toutes les personnes exposées, au contact des malades ou elles-mêmes malades, sont susceptibles de former un recours<sup>464</sup>. Néanmoins, il n'est pas à exclure que le juge voie dans l'absence de port du masque uniquement une perte de chance, la perte d'une chance de se soustraire à la maladie<sup>465</sup>. Cela conduirait à diminuer le montant de l'indemnisation. Un autre facteur de réduction de l'indemnisation serait celui de la faute ou du fait de la victime<sup>466</sup>. La victime a-t-elle accepté ce risque, par exemple en travaillant volontairement ou a-t-elle pris des risques inconsidérés, en ne respectant pas certains gestes barrières ?<sup>467</sup> La faute du tiers pourrait aussi être opposée aux victimes devant le juge administratif, par exemple celle de l'employeur des salariés du secteur privé<sup>468</sup>. Si ces hypothèses ne diminuent en rien la faute de l'État, le montant de l'indemnisation, lui, peut l'être fortement. Il n'est pas exclu non plus que, dans certaines hypothèses, le juge en vienne même à retenir l'absence de préjudice ou de lien de causalité et donc que la responsabilité ne puisse pas être engagée<sup>469</sup>.

En définitive, le manque de protection porte atteinte à l'intégrité physique des salariés. L'Etat n'a pas été assez réactive face à la pandémie. C'est la raison pour laquelle, les salariés en particulier ceux en première ligne contre le virus, pourraient effectuer un recours contre l'Etat. Ils pourraient également se protéger en utilisant leur droit d'alerte et de retrait pour pallier aux manques de protection.

### ***B. Un droit de retrait des salariés préservant leur intégrité physique en cas d'insuffisance d'équipements de protection pendant la pandémie***

Dans le cas de l'épidémie de COVID 19, le droit de retrait devrait pouvoir s'exercer si le salarié constate un manque des équipements de protection. Le droit de retrait est en effet constamment admis par la jurisprudence en cas d'insuffisance des équipements de protection individuelle attendus pour le poste<sup>470</sup>. Or, cette question est donc particulièrement tendue à l'heure où sont soulevées les insuffisances de matériel disponibles tels que les masques, gels hydroalcooliques, pour certains secteurs particulièrement exposés<sup>471</sup>.

---

<sup>464</sup> Anne JACQUEMENT-GAUCHE, « Pénurie de masques : une responsabilité pour faute de l'État ? », La Semaine Juridique de l'Édition Générale n° 13, 30 mars 2020.

<sup>465</sup> Raisonement fréquent dans ses décisions, dès lors que le préjudice est multicausal

<sup>466</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>467</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>468</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>469</sup> Op. cit. Anne JACQUEMENT-GAUCHE.

<sup>470</sup> CA Douai 29 avril 2005, ch. soc. n° 04-172.

<sup>471</sup> Aurélien Ascher, Avocat, « Covid 19 : Le droit de retrait des salariés à l'épreuve du Coronavirus ».

Il semble alors que le droit de retrait soit invocable dans la mesure où le salarié n'a pas de protection contre le virus.

Le droit de retrait vise un danger attaché spécifiquement au travail et non un risque global. Au sujet de la pandémie grippale, la circulaire du 3 juillet 2009<sup>472</sup> expose : « *il convient de souligner que le droit de retrait vise une situation particulière de travail et non une situation générale de pandémie* ». L'exposition du travailleur à un danger grave et immédiat est imputée à l'employeur dans la mesure où elle résulte des conditions de travail. Au sujet d'un chantier de terrassement de roches amiantifères, la chambre criminelle relève la défaillance des protections contre les poussières cancérigènes<sup>473</sup>. Elle conclut que les travaux entrepris sur le site entraînent un risque grave et immédiat de mort ou de blessures graves<sup>474</sup>. C'est donc la particularité du lieu de travail et l'inadéquation des protections fournies par l'employeur qui est à l'origine du risque reproché à ce dernier<sup>475</sup>. A contrario, l'employeur n'est pas responsable d'un risque qui n'est pas spécifique au travail, et pour lequel des mesures de sécurité appropriées ont été déployées<sup>476</sup>.

Aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux<sup>477</sup>. En ce sens, il résulte que le droit de retrait du salarié ne dépend pas réellement de l'existence d'un risque grave et éminent pour sa vie ou sa santé du salarié, mais exclusivement de la question de savoir s'il a ou non un motif raisonnable de penser que sa situation de travail l'expose à un tel danger<sup>478</sup>.

L'appréciation de l'existence d'un danger grave et imminent de nature à justifier l'exercice du droit de retrait relève du pouvoir souverain des juges du fond<sup>479</sup>. Ainsi, c'est par une appréciation souveraine que les juges du fond estiment qu'un salarié n'a pas un motif raisonnable de penser que la situation de travail dans laquelle il se trouve présente un danger grave et imminent pour sa vie ou pour sa santé<sup>480</sup>.

---

<sup>472</sup> La circulaire DGT 2009/16 du 3 juillet 2009.

<sup>473</sup> Camille-Frédéric Pradel, Perle Pradel-Boureaux et Virgile Pradel, « Santé et sécurité au travail - L'exercice du droit de retrait après le confinement », La semaine Juridique – Social n°12, 24 mars 2020.

<sup>474</sup> Cass. crim., 19 avr. 2017, n° 16-80.695.

<sup>475</sup> Op. cit. Camille-Frédéric Pradel, Perle Pradel-Boureaux et Virgile Pradel.

<sup>476</sup> Op. cit. Camille-Frédéric Pradel, Perle Pradel-Boureaux et Virgile Pradel.

<sup>477</sup> L'article L4131-3 du Code du travail.

<sup>478</sup> Philippe de Niort, Avocat, Droit de retrait du salarié et Covid 19., Avocat, 12 août 2022.

<sup>479</sup> Soc. 20 décembre 2017, pourvoi n° 16-22.578 ; Soc. 23 avril 2003, Bull. civ. V, n° 133, pourvoi n° 01-44806 01-44809 01-44915 01-44921 ; Soc. 11 décembre 1986, Bull. civ. V, n° 597, n° 84-42.209.

<sup>480</sup> Soc. 20 janvier 1993, Bull. civ. V, n° 22, pourvoi n° 91-42028.

A titre d'illustration, une jurisprudence de 1994 du tribunal administratif de Versailles prévoit que « *l'admission dans un établissement hospitalier de malades porteurs du VIH ou de l'hépatite virale B ne présentait pas, par elle-même, le caractère d'un danger grave et imminent justifiant un droit de retrait dès lors qu'un tel établissement, en raison même de sa mission, doit être apte à faire face aux risques de contagion pour ses agents et pour les tiers* »<sup>481</sup>. Ainsi, les personnels exposés au risque de contamination du fait de la nature de leur mission ne peuvent légitimement exercer leur droit de retrait, au seul motif d'une exposition au virus à l'origine de la pandémie<sup>482</sup>.

En revanche, si le salarié ne dispose d'aucun moyen de protection, que l'employeur ne met pas à sa disposition des moyens d'hygiène tels que du gel hydroalcoolique, du savon, de l'eau, que l'organisation du travail ou la configuration des lieux ou les deux emportent une proximité entre les salariés ne permettant pas de respecter les mesures de distanciation préconisées par les autorités sanitaires<sup>483</sup> et qu'un ou plusieurs salariés ont été diagnostiqués positifs au COVID-19, il sera difficile de ne pas reconnaître au salarié qu'il a un motif raisonnable de penser qu'il encourt un danger grave et immédiat pour sa santé<sup>484</sup>. Il doit ainsi pouvoir se retirer de son travail. À l'inverse, si la configuration des lieux permet aux salariés de respecter une distance suffisante entre eux, que l'employeur a pris les mesures de précaution et de prévention propres à limiter le risque de contamination, que les salariés disposent d'équipements de protection individuelle (EPI), il est difficile de ne pas reconnaître à l'employeur le droit de considérer que le salarié ne puisse pas invoquer un motif raisonnable de penser qu'il risque d'être contaminé dans son exercice professionnel.

Entre ces deux hypothèses, il y a les zones grises. Celles où des mesures ont été prises par l'employeur mais pouvant être jugées insuffisantes ou celles où la promiscuité entre les salariés due à la configuration des locaux pourrait rendre sans effet les gestes barrières. C'est ici que la contrainte d'une approche subjective se révèle pleinement<sup>485</sup>.

Un doute s'installe également pour déterminer si oui ou non le salarié peut utiliser son droit de retrait face aux manques de protections venant de l'Etat. En ce sens, il semble que le droit de retrait soit retenu dans la mesure où le salarié ne peut se protéger face à la pandémie. Rappelons que du côté de la jurisprudence, s'il y a un manque évident d'équipements de protection individuelle nécessaire pour l'emploi occupé, le droit de retrait est admis.

---

<sup>481</sup> Hadjab et autre C/ Administration générale de l'Assistance publique, TA de Versailles, 2 juin 1994 s.

<sup>482</sup> Le droit de retrait appliqué au COVID-19 dans le milieu hospitalier.

<sup>483</sup> Distance minimale d'un mètre entre chaque salarié.

<sup>484</sup> Guillaume Champenois, « Coronavirus 2019 ou Covid-19 et droit de retrait du travailleur », Droit social 2020, 593.

<sup>485</sup> Guillaume Champenois, « Coronavirus 2019 ou Covid-19 et droit de retrait du travailleur », Droit social 2020, 593.

C'est le cas avec l'arrêt de la CA Versailles<sup>486</sup>, au sein de la société Amazon France Logistique, plusieurs alertes pour danger grave et imminent (DGI) ont été déclenchées et des salariés ont fait valoir leur droit de retrait, considérant que les mesures prises par la société n'étaient pas suffisantes pour les protéger, droits de retrait qui ont été contestés par la direction. Certains de ces salariés ont saisi les juridictions prud'homales en vue d'obtenir la reconnaissance de la validité de ce droit<sup>487</sup>. Par conséquent, les mesures n'ont pas été prises par l'employeur et/ou n'ont pas été suffisantes pour prévenir le danger alors le droit de retrait effectué dans le cadre de l'épidémie de Coronavirus pourrait être justifié. Cette logique semblerait être la même pour l'Etat qui n'a pas su protéger la santé des salariés. Force est de constater que l'Etat n'a pas été réactif face au virus, la pénurie de masque a donc eu pour conséquence une atteinte à l'intégrité physique des salariés. Les salariés pouvaient alors faire valoir leur droit de retrait en considérant que les mesures prises par les pouvoirs publics n'étaient pas suffisantes pour les protéger.

Ainsi, l'employeur est responsable de la santé et de la sécurité de ses salariés. La loi prévoit qu'il doit prendre des mesures de prévention et veiller à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances. Une crise sanitaire est un changement de circonstances qui doit le conduire à s'assurer que les mesures qu'il met en œuvre habituellement sont toujours adaptées ou doivent l'être pour protéger les salariés contre les risques de contamination, puisqu'en cas de non-respect, il a été vu que la responsabilité pénale des entreprises pouvait être engagée. L'Etat a également un rôle important à jouer dans cette lutte contre le virus. En tout état de cause, il se doit de fournir les équipements de protection aux entreprises pour qu'ils puissent assurer leurs obligations de sécurité et de santé envers leurs salariés. Cependant, la réactivité des pouvoirs publics a été considérée comme « lente » face à la pandémie.

Par conséquent, l'Etat s'est retrouvé face à une pénurie de masque. Force est de constater que cette pénurie a suscité un manque de protection pour les salariés, qui n'ont pu alors se protéger et ni protéger les autres. Forte heureusement, certains salariés ont utilisé leur droit de retrait pour sauver leurs vies.

---

<sup>486</sup> CA Versailles 24-4-2020 n° 20/01993, SAS Amazon France Logistique c/ Union syndicale Solidaires).

<sup>487</sup> CA Versailles, 24-04-2020, n° 20/01993, Confirmation | Lexbase (univ-lille.fr).

## **Conclusion du mémoire**

Ce travail de recherches et d'analyse avait pour objectif premier de démontrer que les libertés individuelles des salariés telles que la vie privée, le droit au consentement, l'intégrité physique ainsi que la liberté au travail ont été atteintes. Les mesures gouvernementales prises dans le cadre de la pandémie ont eu pour finalité première de préserver la vie de nos concitoyens. En effet, ces actions ont été justifiées par l'augmentation du nombre de décès dû à la pandémie. Elles ont permis de contenir la propagation de la pandémie. Des vies ont ainsi été sauvegardées.

Pourtant, si la vie était une priorité pour l'Etat justifiant ainsi ses décisions, il faut néanmoins qu'elles soient proportionnées au but poursuivi. En ce sens, il était nécessaire de s'interroger sur la proportionnalité des moyens mis en œuvre. En vertu du principe de proportionnalité, l'urgence sanitaire ne peut porter atteinte aux droits fondamentaux que dans la stricte mesure exigée par la situation<sup>488</sup>. Eu égard au test de proportionnalité de chaque mesure qui restreigne les libertés, les juges se devaient d'être sensibles à l'objectif de politique publique de lutte contre la pandémie<sup>489</sup>. Ils ont dû également s'interroger sur la nécessité de la mesure au regard des objectifs. Il est essentiel que les mesures instaurées ne puissent être détournées afin de contrôler les salariés, au risque de sombrer dans un autoritarisme niant l'état de droit<sup>490</sup>. Les atteintes portées à la vie privée par exemple doivent nécessairement être limitées dans le temps. Cette exigence se trouve dans la RGPD. En tout état de cause, l'atteinte portée ne doit pas aller au-delà du strict nécessaire au regard de l'objectif poursuivi. Dans le cas présent, on comprend que les mesures prises par les pouvoirs publics ont fait prévaloir l'exigence de protection de la santé publique, et donc la sécurité collective sur la liberté individuelle. Raison pour laquelle, les mesures sont proportionnées à une exigence de santé publique.

Pourtant, on pourrait estimer qu'avec le manque de réactivité de l'Etat face à la crise sanitaire, si ce n'est son hésitation fautive, ont suscité des mesures plus strictes pour pallier à la carence causée par les pouvoirs publics. Les pénuries de masques et tests ont été constitutives d'un manquement par l'Etat à son obligation d'assurer la santé et la sécurité de tous les agents appelés à intervenir dans la lutte contre l'épidémie et qui se trouvent de ce fait, exposés à une contamination<sup>491</sup>. Ce manquement fautif a été de nature à conduire à la mise en cause de la responsabilité de l'Etat.

---

<sup>488</sup> Morane KEIM-BAGOT et Nicolas MOIZARD, « Santé au travail et pandémie : les droits du salarié en recul ? », Dalloz, Revue de droit du travail p.25, 2021.

<sup>489</sup> Op. cit. Morane KEIM-BAGOT et Nicolas MOIZARD.

<sup>490</sup> Op. cit. Morane KEIM-BAGOT et Nicolas MOIZARD.

<sup>491</sup> Olivier BOUGASSAS, Avocat, « Pénurie de masques et tests : quelles actions contre l'Etat ? », Village justice, 30 avril 2020.

Or, ces décisions comme il a été vu dans le présent mémoire ont été justifiées et proportionnées par une exigence publique.

De surcroît, il n'est pas le seul acteur face à ce contexte inédit. L'effort public massif a réellement permis de réduire l'impact de la crise sanitaire. L'employeur est devenu l'interprète de la balance entre plusieurs libertés et droits fondamentaux<sup>492</sup>. Il a dû respecter son obligation de sécurité et le respect des libertés individuelles des salariés. Pourtant le législateur ne lui a pas fourni davantage d'outils liés à la crise sanitaire. L'employeur s'est alors vu confier une mission dans l'entreprise qui est également un objet de politique publique<sup>493</sup>. C'est d'ailleurs dans le prolongement de son obligation de sécurité qu'il est indiqué à l'employeur qu'il doit rappeler aux salariés leur obligation de signalement sur la contamination ou la suspicion de contamination.

Le salarié a donc dû également participer à la lutte contre le virus, notamment en respectant les dispositions imposées par le gouvernement. Chaque salarié est responsable des actes, initiatives et précautions qu'il lui appartient de prendre en matière de sécurité. Il est important de rappeler que les salariés et les employeurs font partie d'une société tirant ses racines du contrat social<sup>494</sup> liant chaque individu. C'est leur devoir de protéger son prochain en limitant le risque de contamination, sachant que la Covid-19 comporte un risque mortel pour certaines personnes à risques ou âgées. Finalement, lutter contre la pandémie en adoptant des mesures privatives de liberté est nécessaire pour protéger les uns et les autres<sup>495</sup>. Il faut cependant veiller, à ce que les effets négatifs de ces mesures ne soient pas plus importants que les effets de la pandémie elle-même<sup>496</sup>. En effet, il est essentiel que les mesures prises par les pouvoirs publics dans le cadre de la pandémie restent temporaires.

Or actuellement, les dispositions prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire et du régime de sortie de crise instauré par la suite pour lutter contre l'épidémie liée à la Covid-19 ont pris fin le 31 juillet 2022. La loi du 30 juillet 2022 a mis fin à ces deux régimes d'exception<sup>497</sup>. Elle prolonge cependant les fichiers destinés à surveiller la circulation du virus et permet d'imposer aux voyageurs un test Covid négatif aux frontières, sous certaines conditions.

---

<sup>492</sup> Paul LIGNIERES, « Crise sanitaire – Faire mieux la prochaine fois. Comment les juristes peuvent-ils contribuer à lutter contre la crise sanitaire ? », Lexis 360, juillet 2020.

<sup>493</sup> Op. cit. Paul LIGNIERES.

<sup>494</sup> Expression tirée de l'ouvrage « Du contrat social », dans lequel Jean-Jacques Rousseau soutient la thèse selon laquelle une organisation sociale juste repose sur un pacte garantissant l'égalité et la liberté entre tous les citoyens.

<sup>495</sup> Jepense, « Coronavirus et privation de liberté : approche philosophique », le 8/11/2020.

<sup>496</sup> Op. cit. Jepense.

<sup>497</sup> L. n°2022-1089 du 30 juillet 2022 mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19.

En ce sens, ce dispositif de veille et de sécurité sanitaire en matière de lutte contre la Covid-19 resterait toujours d'actualité afin de maintenir la santé de tous. En ce sens, il relève que ces mesures soient nécessaires et proportionnées au fait qu'une potentielle reprise de l'épidémie pourrait apparaître.

A fortiori, il serait sage de patienter et d'attendre les observations et avis notamment du conseil scientifique pour connaître l'état de la pandémie. Avec un recul nécessaire, il serait peut-être envisageable de mettre un terme aux décisions gouvernementales émises dans ce contexte sanitaire<sup>498</sup>. On songe notamment à la vaccination obligatoire. Cependant, une question demeure en suspens, quid du sort des salariés non-vaccinés ? Pourront-ils prévoir un retour en entreprise, si ce n'est se retourner contre l'Etat ?

---

<sup>498</sup> Service public, Fin de l'état d'urgence sanitaire et du régime de sortie de crise depuis le 1<sup>er</sup> août 2022, publié le 04/08/2022.



## Bibliographie :

### I. Ouvrage

A. Fabre, *Les obligations de vaccination et de présentation d'un pass sanitaire*, RDT 512, 2021.

A. Fabre, *Il faut sauver les contrats !* : RDT p. 246, 2020.

A. Gardin, *Le contrat de travail à temps partiel : un instrument de libération du salarié ?* : Dr. soc. P.48, 2022.

Bernard Gauriau, « *Zoom sur le droit à la déconnexion* », Les Cahiers Lamy du CSE, N° 125, 01/06/2021

B. Géniaut, *Covid-19 et télétravail* : Dr. soc. p. 607, 2020.

Chebbah K. et Manigot V., « *Modèle d'accord de performance collective* », JCP S 1377, 2018.

C. Radé, « *Et maintenant que vais-je faire ?* », Dr. soc. 865. Sur cette question, v. dans le même dossier R. Dalmasso, p. 119, 2021.

Dalloz Grand Angle, « *COVID-19 et droit du travail* », p140-141, octobre 2020

Dalloz, « *Covid-19 et droit du travail* », Octobre 2020.

Dupays Alain, « *Covid-19 et télétravail* », Division 13 Durée et organisation du travail, Chapitre 3, Lamyline, Lamy Social, 22/03/2022

Éditions Francis Lefebvre, Dossier spécial Coronavirus (Covid-19), p. 8, Juin 2020.

Editions Francis Lefebvre, Santé et sécurité au travail, N°71250, Mémento Social 2022, le 21/07/2022

F. Moderne, « *Le régime juridique des vaccinations obligatoires* », AJDA, p. 195, 1965.

F. Petit, « *Temps de travail, temps au travail* » : Dr. soc, p. 4, 2022.

F. Robert, « *Le télétravail à domicile. L'après-Covid ou le retour à « l'anormal »* : éd. Anthemis, 2020, 292 p. - I. Calkins, *Télétravail* : éd. Deboecksupérieur, p.154, 2021.

F. Terré, Ph. Simler. Y. Lequette et F. Chénéde, « *Droit civil : Les obligations* », Dalloz, 12<sup>ème</sup> édition, n°1090, 2018.

F. Vatin, L. Machu, R. Salais, « *État d'urgence sanitaire : quel rôle pour l'État social ?* » : RDT, p. 228, 2020.

G. Ramirez Morales, « *Le fameux télétravail. Pièges, dangers et surtout les bienfaits* » : éd. L'Harmattan, p.206, 2021.

J. Icard, « *Le licenciement pour motif économique et la crise sanitaire* » : Dr. soc., p. 602, 2020.

Kristel Meiffret-Delsanto, « *Obligation vaccinale contre la Covid-19* » : *une protection de la population nocive pour l'entreprise ?* Dalloz, Droit social p.104, 2022.

Lamyline, Lamy Social, « *Mesures visant à assurer la protection et la santé des salariés fixés par le protocole sanitaire* », 04/02/2022.

L. Duguit, « *S. Pinon, Léon Duguit face à la Doctrine constitutionnelle naissante* », RDP 2010, p. 523, Manuel de droit constitutionnel, 4<sup>ème</sup> édition, p.5, 1923.

Marie-Hélène BENSADOUN, « *Covid-19 : réponses aux questions épineuses soulevées par l'activité partielle* », Les Cahiers du DRH, N°275, le 01/05/2020.

M. Doisy et E. Daoud, « *Concilier la protection des données personnelles de santé et l'obligation de sécurité au travail à l'heure du Covid-19* », Dalloz IP/IT 2020. 306 ; M. Keim-Bagot et N. Moizard, préc. Plus largement, sur la question des libertés des salariés face à la crise sanitaire, v. P. Adam, *La liberté (des salariés) à l'épreuve de la pandémie*, Dr. soc., p.581, 2020.

M.-L. Moquet-Anger, « *L'indemnisation des victimes de dommages causés par des vaccines* », JCP A, act. 55. 2021.

P. Adam, « *La liberté (des salariés) à l'épreuve de la pandémie* » : Dr. soc., p.581, 2020.

Pierre-Henri Gout, « *L'entreprise et le droit pénal au temps du Covid-19* », Dalloz, 13 juillet 2022.

Ray J.-E., « *Grande accélération et droit à la déconnexion* », Dr. soc. 2016, p. 912 ; Loiseau G., « *La déconnexion* », Dr. soc., p. 463, 2017.

Sabine Izard, N°1992, « *La CNIL renforce ses contrôles en matière de télétravail* », Semaine Social Lamy, le 21/03/2022.

Schwartz J., « *Les dispositifs de mise en œuvre du droit à la déconnexion* », Semaine Sociale Lamy, N° 1950, « *Les titres-restaurants : une illustration de la complexité d'application du principe d'égalité de traitement aux télétravailleurs* », 19 avril 2021, mise à jour 04/2021.

Timothée Kahn Cohen, « *La suspension du contrat de travail : pari politique et difficultés juridiques* », Dalloz, Droit social 113, 2022.

T. Kahn, L. Gamet et L. Jubert-Tomasso, « *En quelle mesure l'employeur peut-il prendre en compte le statut vaccinal du salarié ?* », RDT. 484, p.113, 2021.

V. Racht-Darfeuill, K. Foucher, « *L'autocensure du Conseil constitutionnel sur l'obligation vaccinale* », JCP G 2015, 1055 ; H. Daïmallah, « *L'obligation de vaccination des enfants mineurs devant le Conseil constitutionnel* », 2015, n°2015-2, p. 267, n°2015-458 QPC.

Yann Leroy, « *Crise sanitaire et droit social de crise* », Droit social, p.100, 2022.

## II. Revue

Editions Francis Lefebvre, « *Le ministère du travail publie un protocole de déconfinement* », Feuillet Rapide Social, paru le 08/05/2020

Florence Maury, « *Entreprise versus Covid-19 : adaptation et transformation du droit du travail* », Revues, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 21-22, 1197/ IRDAP, EA 4191, F-33600 Pessac, France, 26 Mai 2022

Maïa-Ané Joubert, « *La vaccination obligatoire ou l'impératif de santé publique à l'épreuve du « quoi qu'il en coûte* », Revue politique et parlementaire, le 30/09/2021

Marc Dumas, Caroline Ruiller, « *Le télétravail : les risques d'un outil de gestion des frontières entre vie personnelle et vie professionnelle* », Revue, Cairn info, Management & Avenir 2014/8 (N° 74), 2014.

Marie Rakotovahiny, « *Entreprise en difficulté – Covid-19 et entreprise en difficulté : adapter l'outil de gestion de crise, du sauvetage au rebond* », Revue Lexis360, Semaine juridique, n°21,22, 26 mai 2022.

Morane Keim-Bagot et Nicolas Moizard, « *Santé au travail et pandémie : les droits du salarié en recul ?* », Dalloz, Revue de droit du travail p.25, 2021.

Revue Lamy Droit Alimentaire, N° 402, Pandémie du Covid-19 : présentation de quelques mesures de maîtrise, 1<sup>er</sup> avril 2020.

Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 171, Validation par le Conseil constitutionnel de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire avec des réserves d'interprétation et deux censures partielles, Lamyline, 1<sup>er</sup> juin 2020.

Revue Lamy, « *Télétravail et crise sanitaire de la Covid-19* », n°533-4, 4 décembre 2021.

Revue Lamy, « *Les obligations et prérogatives de l'employeur au temps du Covid-19 : entre renforcement, aménagement, suspension ou report* », Semaine sociale Lamy, n°1905, 27 avril 2020.

Revue Lamy, « *Covid-19 : l'obligation de sécurité de l'employeur à l'épreuve des tribunaux* », Jurisprudence Sociale Lamy, n°501, 8 juillet 2020.

Revue Lamy, « *Covid-19 : quelle responsabilité civile de l'employeur ?* », Les cahiers du DRH, n°276, 1<sup>er</sup> juin 2020.

Revue Lamy, « Mesures visant à assurer la protection et la santé des salariés fixées par le protocole sanitaire », février 2022.

Revue Lamy, « *La CNIL renforce ses contrôles en matière de télétravail* », Semaine sociale Lamy, n°1992, 21 mars 2021.

Revue Lamy, « *L'employeur face aux délits d'imprudence, à la causalité et aux menaces sanitaires dont l'épidémie de Covid-19* », Jurisprudence Sociale Lamy, n°508, 23 novembre 2020.

### **III. Etude**

Cindy Duc, Catherine Souquet, « *Enquête impact de la crise sanitaire sur l'activité et l'organisation des entreprises* », Statistiques et études, Impact de la crise sanitaire en 2020, Insee Résultats (Insee)

J.-P. Markus, « *Du vaccin obligatoire à l'obligation vaccinale* », Dr. fam. Étude 9, 2018.

### **IV. Article juridique**

Agathe Beaujon, « *Comment concilier télétravail et droit à la déconnexion* », Challenges, le 08/07/2020.

Alice Lachaise, « *Licenciement pour non-vaccination ou absence de pass vaccinal* », Juristravail, Article juridique, 23/03/2022.

Anne Jacquement-Gauché, « *Pénurie de masques : une responsabilité pour faute de l'Etat ?* », La Semaine juridique de l'Édition Générale n°13, 30 mars 2020.

Aurélien Ascher, Avocat, « *Covid 19 : Le droit de retrait des salariés à l'épreuve du Coronavirus* », village-justice.com, 4 avril 2020.

Camille-Frédéric Pradel, Perle Pradel-Boureaux et Virgile Pradel, « *Santé et sécurité au travail – L'exercice du droit de retrait après le confinement* », La Semaine juridique Sociale n°12, 24 mars 2020.

CMS Francis Lefebvre Avocats, « *la vie privée des salariés à l'épreuve de la crise sanitaire : quelle articulation entre obligations de l'employeur et respect de la vie privée ?* » mis à jour 11 oct. 2021.

Damien Bondat, « *d'un confinement à l'autre : demain, tous télétravailleurs ?* », Issu des Petites affiches, Labasel'extenso, n°246 - page 6, 09/12/2020.

Delphine Provence, Avocate, « *La vaccination obligatoire des soignants contre la Covid-19 est-elle légale ?* ».

Editions législatives, « *Être contraint de travailler à son domicile ouvre droit à une indemnité d'occupation* », Lefebvre Dalloz, 17/11/2017.

Editions Francis Lefebvre, Dalloz, « *Coronavirus (Covid-19) : Comment concilier la protection de la santé des salariés et celle de leurs données de santé ?* », publié le 04/06/2020.

Edition Francis Lefebvre, « *Respect du secret médical* », Feuille Rapide Social 2/21, le 08/01/2021.

Guillaume Champenois, « *Coronavirus 2019 ou Covid-19 et droit de retrait du travailleur* », Droit social p.593, 2020.

Jean-Christophe Guerrini, « *COVID-19 données personnelles et vie privée* », Village justice, le 28/05/2020.

Jean-Marc Jauffret, « *Surveillance des télétravailleurs par l'employeur : une thématique de contrôle prioritaire en 2022 pour la CNIL* », Village justice, paru le 21/02/2022.

Juritravail, « *Accident du travail : quelle prise en charge et à quelles conditions ?* », 6 mai 2022.  
Je crois que la fac ferme à 17h

Liaisons sociales quotidien, N°17525, « *Avec le droit à déconnexion Saint Maclou entend assurer le bien-être de ses salariés* », le 07/03/2018.

Olivier Bougassas, Avocat, « *Pénurie de masques et tests : quelles actions conte l'Etat ?* », village-justice.com, 30 avril 2020.

Paul Lignières, « *Crise sanitaire – Faire mieux la prochaine fois. Comment les juristes peuvent-ils contribuer à lutter contre la crise sanitaire ?* », Lexis 360, juillet 2020.

Philippe de Niort, Avocat, « *Droit de retrait du salarié et Covid 19*, 12 août 2022.

Sophie Monnier, « *Administration / Citoyens – L'obligation vaccinale en sursis ?* » Libres propos Juridique Administrations et Collectivités territoriales n°26 act. 408, 29 juin 2021.

Sylvain Niel, « *Travailler masqué* », Lamyline, les cahiers du DRH n°280, 1<sup>er</sup> novembre 2020.

Thibault Lahalle, « *Coronavirus et rupture du contrat de travail* », Issu de Petites affiches, Labase lextenso, n°184, page 5, 14/09/2020.

Unicef, « *Vaccination : la solution sûre, efficace et abordable pour sauver la vie de millions d'enfants* », publié le 26/02/2021.

Yann Le Foll, « *Conformité à la Constitution de l'obligation vaccinale pour les personnes exerçant dans les établissements de santé* », Lexbase, article juridique, le 03 février 2022.

## **V. Presses**

20 Minutes avec AFP, « *Coronavirus : le pass sanitaire est -, un énorme handicap pour la reprise – affirme le patron du Medef qui réclame son report au 30 septembre* », 2021.

Académie nationale de médecine, « *La vaccination des soignants contre la Covid-19 doit devenir obligatoire* », 9 mars 2021.

BFM Business, « *Pass sanitaire : pour la CPME, la suspension du salaire des non-vaccinés est un – no man's land -* », 26 juillet 2021.

Kathleen Comte, France Bleu Berry, Passe sanitaire : « *Les employeurs ne sont pas des gendarmes* » pour le Medef de l'Indre, France Bleu, 24 juill. 2021.

La voix du nord, Coronavirus : en Italie, des drones prennent la température à distance, publié le 10/04/2020.

Métropolitain, « *Covid-19 : les obligations de l'employeur et du salarié* », 3 décembre 2020.

Olivier Chicheportiche, « *Jean Castex : le recours au télétravail doit être le plus massif possible, 5 jours sur 5* », BFM.TV, 29.10.2020.

Le Monde, « *Pass sanitaire et licenciements : des syndicats dénoncent les dispositions du projet de loi anti-Covid* », 23 juill. 2021.

Le Progrès, « *En Gironde, un pass sanitaire sous forme de bracelet* », 19 août 2021.

Victor Vasseur, « *Solitude, surcharge de travail, dépression : ce que révèle la grande étude de la CGT sur le télétravail* », Radiofrance, le 6/09/2021.

## **VI. Site internet**

adequate-technologies.com, « *Votre droit à la déconnexion* », publié en juin 2022.

Alice Lachaise, « *Suppression des tickets-restaurant en télétravail validée par les juges* », Juritravail.com, Actualité, 16/03/2021.

André, « *Covid : la liste de tous les variants connus* », Information hospitalière, 14 juillet 2021.

Benoit Dupont, « *Covid-19 les dérives possibles de surveillance des données personnelles* », The conversation, le 29 mai 2020.

businessofeminin.com, « *Emploi, télétravail et conditions de travail : les femmes ont perdu à tous les niveaux pendant le Covid-19* », par 06/07/2020.

economie.gouv.fr, « *Fonds de solidarité pour les entreprises, indépendants, entrepreneurs* ».

economie.gouv.fr, « *Lettre d'actualité* », 13 mars 2020.

Edition Tissot, « *Définition du salarié* ».

gouvernement.fr, « *Les actions du Gouvernement* », le 31/05/2021.

Jepense.org, « *Coronavirus et privation de liberté : approche philosophique* », le 8/11/2020.

Justice-express.com, « *Covid-19 : refus du télétravail par l'employeur* », 2021.

LaDissertation.com, « *Droit du Travail : définition de vie personnelle et quelles en sont les dimensions ?* », 4/12/2013.

Libération.fr, Confinement « *Guerre* » au coronavirus : les annonces de Macron et Castaner à la loupe, le 16/03/2020.

Maxime T'sjoen, « *Non-vaccinés : quelles sont les restrictions mises en place dans les autres pays ?* », Actu.fr, 15 janvier 2022.

OCDE, « *lutte contre le coronavirus pour un effort mondial* », le 21 septembre 2021.

OCDE, « *les dispositifs de maintien dans l'emploi pendant la période de confinement de la crise du Covid-19 et au-delà* », le 12/10/2020.

Manuel pratique du télétravail, paie&RH et solutions, 08.12.2020.

Julia Kadri, Télétravail en confinement : « on ne s'arrête jamais de bosser, c'est pire qu'avant », Marie claire, 2020.

Ministère de la Santé et de la Prévention, « *Covid-19 – Le télétravail est la règle pour toutes les activités qui le permettent* », publié le 06.04.2021.

Ministère de la Santé et de la Prévention, « *Le tableau de bord de la vaccination* », publié le 20.05.2021.

Ministère de la Santé et de la Prévention, « *l'obligation vaccinale* », publié le 18.08.2021 et mis à jour le 19.07.2022.

Ministère de la Santé et de la Prévention, « *9 juin 2021 : mise en application du nouveau protocole sanitaire national en entreprise* », publié le 09.06.2021.

Ministère de la Santé et de la Prévention, « Questions-réponses par thème ».

Ministère de la Santé et de la Prévention, « *Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19* », mis à jour le 16.03.2022

Previsissima, « *Coronavirus : chômage partiel, arrêt de travail, jour de carence, aide à domicile, aides aux entreprises* », 17/05/2022.

Privacy-vox, « *CEPD-CNIL : recommandation sur les traitements de données mis en œuvre par les employeurs et les autorités publiques dans le cadre de l'épidémie de Covid-19* », 25 mars 2020.

Toupie.org, Droits fondamentaux ou libertés fondamentales, Dictionnaire.

Service-public.fr, « *Un salarié a-t-il le droit de s'absenter pour aller se faire vacciner* », Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), 12 août 2021.

Service-public.fr, « *Covid-19 : quelles sont les démarches si vous êtes positif ?* », Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), le 02.08.2021.

Service-public.fr, « *Fin de l'état d'urgence sanitaire et du régime de sortie de crise depuis le 1<sup>er</sup> août 2022* », publié le 4 août 2022.



Solidarité.gouv.fr, « *Le droit de retrait appliqué au COVID-19 dans le milieu hospitalier* ».

Sygnature.com, Fin du télétravail obligatoire, 2022.

V., C. Lantero et D. Braunstein, « *Sur la licéité d'une obligation vaccinale anti Covid-19* », RDLF 2021. Chron. 25. V. aussi, pour une approche pédagogique sur le fonctionnement des vaccins, les explications sur la rapidité de leur développement : T. Mignot et Y. Vacher (dir.), « *Quels types de vaccins contre la Covid-19 ?* », sur le site diffusionlascience.fr, site soutenu et hébergé par le CNRS.

Virginie Langlet, « *la mise en place du télétravail pendant l'épidémie de coronavirus, Juritravail* », 31/03/2022.

Wikipédia.org, Encyclopédie libre, TousAntiCovid, 2020.

## **VII. Question/réponse**

Travail-emploi.gouv.fr, « *FAQ – Responsabilité de l'employeur – Droit de retrait* ».

QR min. trav. 9-8-2021, III.

## **VIII. Communiqué de presse**

Haute Autorité de Santé, « *Covid-19 : l'obligation vaccinale prévue par la loi est justifiée et son élargissement doit être débattu* », le 16/07/2021.

Lexbase, « *CNIL, Contrôle de la CNIL en matière de télésurveillance pour l'année 2022* », le 15/02/2022.

## **IX. Avis, Rapport et Discours**

Comité consultatif national d'éthique, « *Avis du CCNE : enjeux éthiques relatifs à la vaccination contre la Covid-19 des enfants et des adolescents* », Réponse à la saisine du ministre des Solidarités et de la Santé, 9 juin 2021.

Rapp. Mettling, 15 sept. 2015, sur la transition numérique, Liaisons sociales, n° 16915, 17 sept. 2015.

Haut Conseil de la Santé publique, « *Obligations vaccinales des professionnels de santé* », 27/10/2016.

Haut Conseil de la Santé publique, « Grippe saisonnière : utilisation des vaccins quadrivalents inactivés », 07/10/2016.

Vie-publique.fr, Déclaration de M. Emmanuel Macron, Président de la République (...), Paris, le 16 mars 2020.

Vie-publique.fr, Texte intégral, Déclaration de M. Jean Castex, Premier ministre, sur la décision du recours à un deuxième confinement généralisé face à la recrudescence du coronavirus, à l'Assemblée nationale le 29 octobre 2020.

## **X. Vidéo**

Youtube.com, « *Landing AI Social Distancing Detector Demo* », le 15 avril 2020.

# Tables des matières

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
---------------------------	----------

<b>Partie 1 : L'instauration de mesures gouvernementales attentatoires au consentement et à la vie privée justifiées et proportionnées aux enjeux de santé publique .....</b>	<b>8</b>
---	----------

<b>CHAPITRE 1 : Mesures anti-Covid, une atteinte au consentement des salariés justifiés par les enjeux de santé publique et proportionnée à une exigence de santé publique .....</b>	<b>9</b>
--	----------

Section 1 : Une atteinte à la liberté de consentir justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le Gouvernement .....	10
Paragraphe 1 : Une absence de consentement justifiée et proportionnée aux enjeux de santé publique dans le cadre du télétravail .....	11
A. L'extinction justifiée et proportionnée du caractère volontaire du recours au télétravail par le salarié au temps de la COVID-19 .....	12
B. Une différence de traitement entre les salariés dans le cadre du télétravail justifiée par une raison objective et pertinente au temps du COVID-19.....	15
Paragraphe 2 : Une atteinte justifiée au consentement libre et éclairé dans le cadre de l'obligation vaccinale et proportionnée aux enjeux de santé publique .....	20
A. Une politique vaccinale volontariste et incitative pour certains salariés préservant la santé de tous mais non attentatoire à leur liberté de consentement.....	20
B. L'obligation vaccinale, une atteinte exceptionnelle à la liberté fondamentale du consentement libre et éclairé des salariés .....	22

Section 2 : L'argument de la protection des salariés justifiant l'atteinte à la liberté de consentement.....	25
Paragraphe 1. Le rôle des juridictions dans la recherche d'une réponse justifiant l'atteinte au consentement des salariés dans le cadre de l'obligation vaccinale.....	26
A. L'obligation vaccinale, une atteinte au consentement des salariés justifiée par une exigence de santé publique et proportionnée au but recherché selon les juridictions nationales .....	26
B. Le raisonnement analogue réalisé par la CEDH justifiant cette atteinte au consentement des salariés ....	28
Paragraphe 2 : Une justification nécessitée par la quête d'une protection renforcée des salariés durant la crise sanitaire .....	30
A. Une obligation de prévention renforcée face au risque de contamination par la COVID-19.....	30
B. Le risque accru d'engagement de la responsabilité de l'entreprise en cas de manquement à cette obligation de prévention .....	33

<b>CHAPITRE 2 : Une atteinte à la vie privée des salariés et de leurs données de santé durant la pandémie justifiée et proportionnée au but de santé publique .....</b>	<b>36</b>
---	-----------

Section 1 : Des mesures gouvernementales attentatoires à la vie privée justifiées et proportionnées aux enjeux de préservation du droit à la santé .....	38
Paragraphe 1 : Une atteinte justifiée à la vie privée du salarié dans le cadre du télétravail en période Covid et proportionnée au but de santé publique .....	38
A. Une frontière nébuleuse entre vie professionnelle et vie privée dans le cadre du télétravail durant la crise .....	39
B. Le droit à la déconnexion, une réponse efficace pour dissocier vie privée et vie professionnelle du salarié en télétravail .....	41

Paragraphe 2 : Un pouvoir de direction limité pour l'employeur préservant la vie privée du salarié durant la crise sanitaire .....	43
A. L'encadrement des dispositifs de surveillance dans le cadre du télétravail réduisant le risque d'atteinte à la vie privée du salarié .....	44
B. La prohibition des prises de températures des salariés en raison de l'atteinte non-justifiée à la vie privée et de la disproportion en enjeux de santé publique .....	46
 Section 2 : Une atteinte à la vie privée du salarié justifiée par un encadrement de la collecte des données personnelles.....	49
Paragraphe 1 : Le rejet par la France des techniques de surveillance des données personnelles attentatoires à la vie privée utilisés à l'étranger .....	49
A. La prolifération des outils de surveillance sanitaire dans le droit comparé menaçant incontestablement la vie privée en période de COVID-19 .....	50
B. Le rejet du système discriminatoire du traçage manuel en France .....	53
Paragraphe 2 : Le choix par la France d'une limitation de l'atteinte à la vie privée par l'encadrement de la collecte des données relative à l'état de santé.....	54
A. Une atteinte limitée aux données relatives à la vaccination .....	54
B. L'encadrement du traitement des données personnelles par le Conseil constitutionnel préservant la vie privée des salariés .....	58

## **Partie 2 : Les atteintes justifiées au droit du travail et à l'intégrité physique des salariés, proportionnées aux enjeux de santé publique par une politique de sauvegarde des intérêts économiques et sanitaires ..... 62**

### **CHAPITRE 1 : L'atteinte à la liberté de travailler des salariés par les mesures gouvernementales mais justifiée et proportionnée par l'exigence de santé publique 64**

Section 1 : Le maintien du droit au travail des salariés durant la crise sanitaire par le biais de dispositifs, une menace sur les libertés individuelles justifiées et proportionnée par une exigence de santé publique .....	66
Paragraphe 1 : Une perturbation justifiée du droit au travail par différents procédés mis en place durant la crise sanitaire, et proportionnée par une exigence de santé publique.....	67
A. Le télétravail comme garant du contrat de travail durant la crise, justifiant l'atteinte causée au droit du travail par les pouvoirs publics .....	67
B. Des arrêts de travail dit « dérogatoire » préservant la santé et l'emploi des salariés en temps de la COVID-19 .....	70
Paragraphe 2 : Un rejet de la rupture du contrat de travail des salariés par des dispositifs limitant les atteintes aux droits de l'emploi.....	71
A. Le chômage partiel, une solution de préservation du droit au travail durant la crise sanitaire par les pouvoirs publics.....	72
B. La menace de la COVID-19 sur le droit à l'emploi des salariés limitée par les accords de performance collective et de PSE .....	75
 Section 2 : Les mesures coercitives à l'encontre des non-vaccinés justifiées et proportionnées au but de santé publique en dépit de l'atteinte cause au droit du travail.....	77
Paragraphe 1 : Le suivi de la vaccination par les entreprises et la suspension justifiée et proportionnée au but de santé publique du contrat de travail comme conséquence du non-respect de celle-ci .....	78
A. L'employeur comme agent de contrôle de la politique sanitaire, rôle contraignant mais justifiée et proportionnée par la lutte contre la COVID-19 dans le cadre de la vaccination.....	78
B. La suspension du contrat de travail évinçant le licenciement comme sanction pour les salariés non-vaccinés, justifiée et proportionnée à la crise sanitaire .....	80

Paragraphe 2 : La suspension du contrat de travail justifiée et proportionnée par l'urgence sanitaire	85
A. L'inexécution justifiée et proportionnée aux enjeux de santé publique du contrat de travail, conséquence d'un fait imputable à la personne du salarié menaçant la liberté de travailler des salariés.....	85
B. Les effets de la suspension du contrat de travail pour le salarié et l'obligation de loyauté menaçant sa liberté de travailler pendant la COVID-19.....	86

## **CHAPITRE 2 : La participation des salariés à la sauvegarde de la dignité humaine et de l'intégrité physique pendant la pandémie, une atteinte à leurs libertés malgré le manque de protection de l'Etat .....89**

Section 1 : Une atteinte à l'intégrité physique du salarié justifiée en temps de Covid-19 et proportionnée à une exigence de santé publique dans le cadre de la vaccination .....	90
Paragraphe 1. La vaccination obligatoire, une atteinte à l'intégrité physique demeurant justifiée et proportionnée à l'exigence de santé publique .....	91
A. Une nécessité éthique de recourir à la vaccination contre la COVID-19.....	91
B. Un dirigisme sanitaire faisant prévaloir l'exigence de protection de la santé publique sur l'intégrité physique des salariés pendant la Covid-19 .....	94
Paragraphe 2. La primauté de l'intérêt général sur la protection de l'intégrité physique du salarié ...	97
A. La violation du corps humain avec la vaccination obligatoire, une atteinte aux libertés individuelles des salariés au profit de l'intérêt général.....	98
B. L'appel à la responsabilité individuelle des salariés face au coronavirus pour préserver la santé de tous	99
Section 2 : Un manque de protections face à l'épidémie affectant l'intégrité physique des salariés et le droit de retrait préservant cette liberté.....	101
Paragraphe 1 : L'intégrité physique des salariés préservée par les mesures de sécurité et de santé des entreprises.....	103
A. Les règles de sécurité en entreprise préservant l'intégrité physique des salariés en temps de la COVID-19 .....	103
B. La mise en cause de la responsabilité pénale des employeurs en cas de dommage causé aux salariés pendant l'épidémie .....	105
Paragraphe 2. La responsabilité des pouvoirs publics en période de covid-19 et l'usage par les salariés de leur droit de retrait pour préserver leur intégrité physique .....	107
A. Une atteinte au droit à la santé des salariés par une carence fautive de l'Etat pendant la COVID-19.....	108
B. Un droit de retrait des salariés préservant leur intégrité physique en cas d'insuffisance d'équipements de protection pendant la pandémie .....	110

***Conclusion du mémoire* ..... 114**

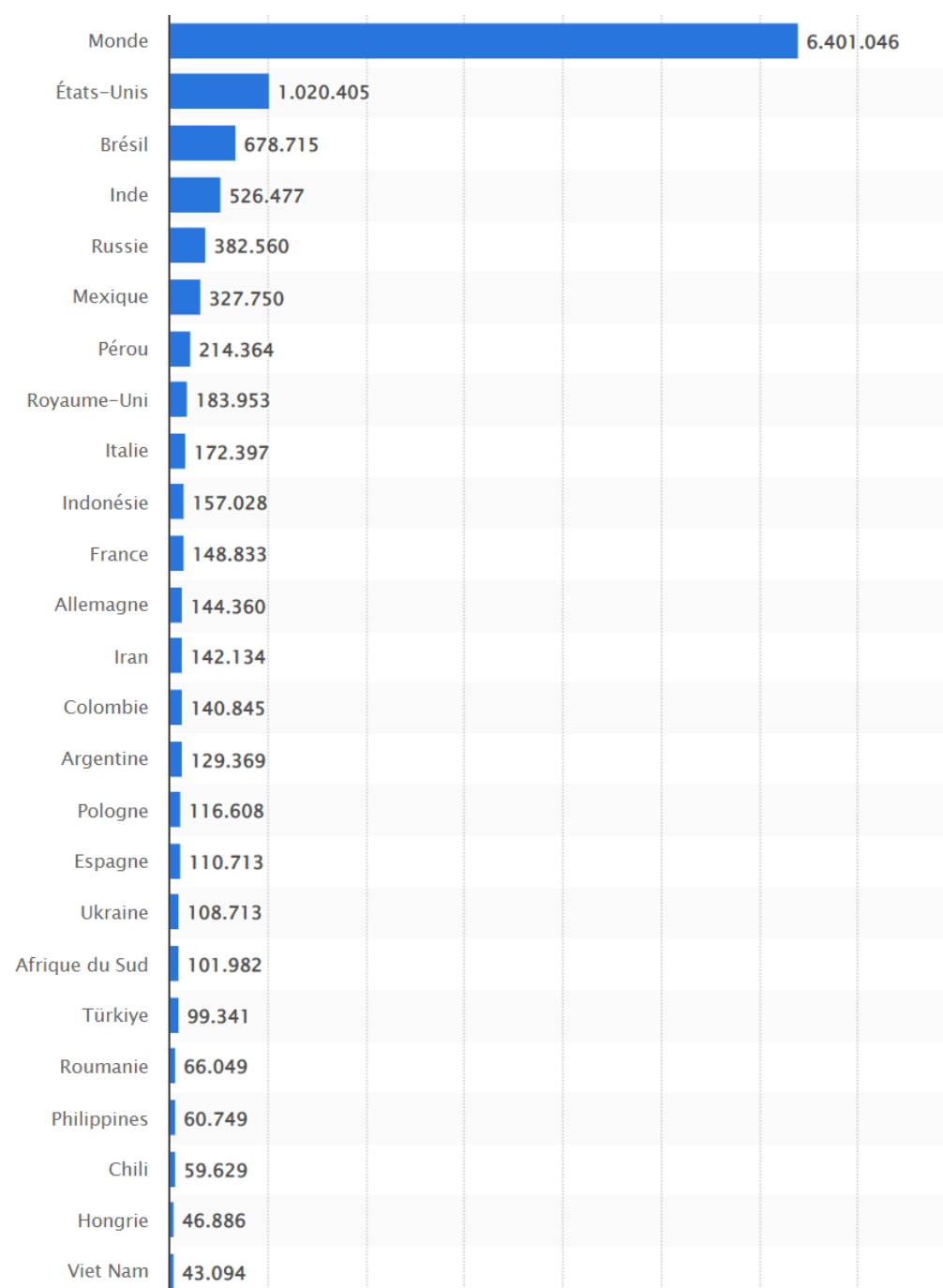
***Bibliographie* : ..... 117**

***Tables des matières* ..... 127**

***Annexes* : ..... 130**

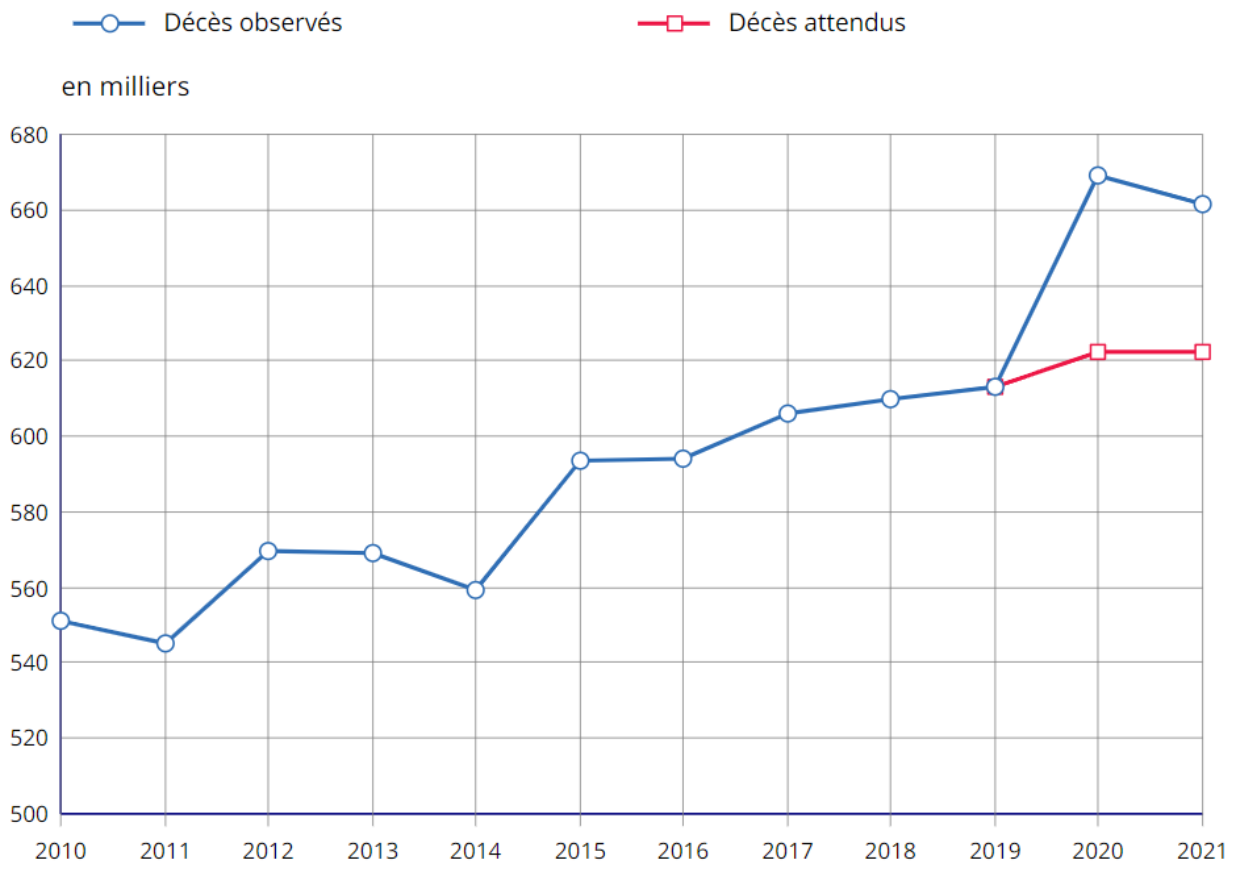
## Annexes :

### ✓ Annexe n°1 : Nombre de décès causés par la Covid-19 au 4 août 2022 à l'échelle mondiale<sup>499</sup>



<sup>499</sup> Recensement effectué par statista.com.

✓ **Annexe n°2 : Relation entre la surmortalité en France et le début de la pandémie de Covid-19<sup>500</sup>**



<sup>500</sup> INSEE, Impact de l'épidémie de Covid-19, paru le 19 mai 2022.

✓ **Annexe n°3 : Suite à l'adoption de la loi 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire, après décision rendue par le Conseil Constitutionnel, les personnes soumises à l'obligation vaccinale sont les professionnels énumérés ci-dessous :**

Les personnes exerçant au sein :

- Des établissements de santé et hôpitaux des armées ;
- Des centres et maison de santé ;
- Des dispositifs d'appui à la coordination des parcours de santé complexes mentionnés aux II et III de l'article 23 de la loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé ;
- Des centres et équipes mobiles de soins ;
- Des Centres de Lutte Antituberculeuse (CLAT) ;
- Des Centres Gratuits d'Information, de Dépistage et de Diagnostic (CeGIDD) ;
- Des Services de Médecine Préventive et de Promotion de la Santé ;
- Des services de prévention et de santé au travail ;
- Des établissements ou services d'enseignement qui assurent, à titre principal, une éducation adaptée et un accompagnement social ou médico-social aux mineurs ou jeunes adultes handicapés ou présentant des difficultés d'adaptation : IME, IEM, ITEP, EEAP, IDA, IDV, INJA, INJS, SES-SAD, SAFEP, SSEFS, CMPP ;
- Des centres d'action médico-sociale précoce (CAMSP) ;
- Des établissements et services d'aide par le travail (ESAT) et centres de pré-orientation (CPO) et réadaptation professionnelle (CRP) : ne sont concernés que les professionnels de ces structures, et non les personnes en situation de handicap bénéficiaires d'un contrat de soutien et d'aide par le travail ;
- Des établissements et services qui accueillent des personnes âgées ou leur apportent une aide à domicile (EHPAD, PUV, RA, USLD, SSIAD, SPASAD, SAAD, centres d'accueil de jour) ;
- Des résidences-services ;
- Des établissements et les services, y compris les foyers d'accueil médicalisé, qui accueillent des personnes handicapées : MAS, FAM, foyers d'hébergement, foyers de vie, foyers occupationnels, SAMSAH, SAVS, SSIAD, UEROS ;
- Des établissements dits « médico-social spécifique » (LAM, LHSS, CSAPA, CAARUD, ACT) ;
- Des établissements et services expérimentaux ;
- Des logements foyers seulement lorsqu'ils sont dédiés à l'accueil de personnes âgées ou handicapées (ce qui inclut les foyers logements pour personnes âgées, résidences accueils pour personnes souffrant de handicap psychique, mais exclut les foyers de travailleurs migrants) ;
- Des habitats inclusifs.

▶ Sont également concernés les personnes exerçant en tant que :

- Professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du code de la santé publique (médecins, sages-femmes, odontologistes, pharmaciens, préparateurs de pharmacie, physiciens médicaux, pharmaciens, infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, pédicures-podologues, ergothérapeutes et psychomotriciens, orthophonistes et orthoptistes, manipulateurs d'électroradiologie médicale et techniciens de laboratoire médical, audioprothésistes, opticiens-lunetiers, prothésistes et orthésistes, diététiciens), aides-soignants, auxiliaires de puériculture et ambulanciers, etc.) ;
- Psychologues ;
- Ostéopathes ;
- Chiropracteurs ;
- Psychothérapeutes ;
- Personnes travaillant dans les mêmes locaux que les professionnels mentionnés ci-dessus ;
- Les étudiants ou élèves des établissements préparant à l'exercice de ces professions.



- ▶ Sont également concernés les salariés de particuliers employeurs bénéficiaires de l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) et de la prestation de compensation du handicap (PCH) ;
- ▶ Sont également concernés :
  - Les sapeurs-pompiers et marins pompiers ;
  - Les personnels navigants et personnels militaires affectés de manière permanente aux missions de sécurité civile ;
  - Les membres des associations agréées de sécurité civile (pour leurs seules activités de sécurité civile, par ex. les personnels et bénévoles de la Croix Rouge Française intervenant sur activités hors sécurité civile ne sont pas concernés par l'obligation) ;
  - Les personnes en charge des transports sanitaires et transports sur prescription médicale (dont les taxis pour les trajets effectués dans le cadre du L. 322-5 du code de la santé publique) ;
  - Les prestataires de services et distributeurs de matériel mentionnés à l'article L.5232-3 du code de la santé publique.

En revanche, ne sont pas concernés par l'obligation vaccinale les professionnels des crèches, des établissements ou services de soutien à la parentalité ou d'établissements et des services de protection de l'enfance.

Les personnes justifiant d'une contre-indication à la vaccination seront exemptées de l'obligation vaccinale. Les personnels non vaccinés auront jusqu'au 15 septembre 2021 pour le faire, voire jusqu'au 15 octobre 2021 s'ils ont déjà reçu une première dose de vaccin, et sous réserve de présenter un test négatif. Un certificat de statut vaccinal leur sera alors délivré.

✓ **Annexe n°4 : critères d'application de l'obligation vaccinale tirées de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 et du décret n°2021-1059 du 7 août 2021<sup>501</sup>**

L'article 12 de la loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire fixe 3 critères non cumulatifs définissant le périmètre d'application de l'obligation vaccinale.

▶ Un critère définit par le lieu d'exercice. Le 1° du I- de l'article 12 liste un ensemble de 14 catégories d'établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, de a) à n) pour lesquelles l'obligation vaccinale s'applique aux professionnels qui exercent en leur sein, sans considération de leurs statut, profession ou fonctions.

Ex :

a) Les établissements de santé mentionnés à l'article L. 6111-1 du code de la santé publique ainsi que les hôpitaux des armées mentionnés à l'article L. 6147-7 du même code ;

k) 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 mentionné au dernier alinéa de l'article L. 311-4 du même code.

▶ Un critère définit en référence à la profession des personnes. Les 2° à 8° du I- de l'article 12 liste un ensemble de professions / activités professionnelles pour lesquelles l'obligation vaccinale s'applique lorsque les fonctions ne sont pas exercées dans l'un des établissements visés au 1°.

Ex :

- 2° Les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du code de la santé publique ;
- 7° Les personnes exerçant l'activité de transport sanitaire mentionnée à l'article L. 6312-1 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. Pour les professionnels de santé mentionnés au 2°, l'obligation s'applique pour tous les professionnels qui, conformément à leur statut, réalisent des actes de prévention, de diagnostic ou de soins ou participent à des missions de service public.

▶ Enfin, un critère relatif aux conditions de travail pour les personnes qui n'exercent pas dans l'un des établissements visés au 1 et qui n'exercent pas une des professions/activités professionnelles visées du 2° au 8° mais « travaillent dans les mêmes locaux » que des professionnels soumis à l'obligation vaccinale. Le législateur, se référant aux locaux d'exercice de l'activité, ainsi que le pouvoir réglementaire qui a défini ces locaux comme les « espaces dédiés à titre principal à l'exercice de l'activité des professionnels mentionnés au 2° (...) ainsi que ceux où sont assurées, en leur présence régulière, les activités accessoires, notamment administratives, qui en sont indissociables » (article 49-2 du décret n° 2021-699 du 1<sup>er</sup> juin 2021 modifié) n'ont pas entendu attirer dans le champ de l'obligation vaccinale des personnes travaillant dans des locaux où l'activité des professionnels de santé est elle-même purement administrative. Sont ainsi concernées les seules personnes qui travaillent dans les locaux dédiés à titre principal à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins, ainsi que celles qui exercent des tâches, notamment administratives, indispensables à une telle activité en présence régulière des professionnels de santé.

---

<sup>501</sup> Ministère de la santé et de la prévention, publié le 18 août 2021, mise à jour le 19 juillet 2022.

▶ Le II de l'article 12 stipule par ailleurs que 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 mentionnées aux 1°, 2°, 3° et 4° du même I exercent ou travaillent ».

▶ L'éligibilité à l'obligation vaccinale se déduit de l'analyse de ces 3 critères couplé à la dérogation possible liée au caractère ponctuel de certaines interventions. La validation d'un seul critère suffit à conclure à l'obligation vaccinale.

L'obligation vaccinale sera aisée à déduire dans certaines situations, elle demandera une analyse plus approfondie dans d'autres :

Ex : l'obligation vaccinale s'impose à l'ensemble des professionnels exerçant au sein d'un établissement de santé, sans considération de leurs statut, profession ou fonctions.

Ex : pour savoir si l'obligation vaccinale s'impose à des visiteurs médicaux, il faudra interroger leur profession, certains sont des professionnels de santé ainsi que leurs conditions de travail, dans les mêmes locaux qu'un professionnel de santé, ou encore leur fréquentation ponctuelle ou régulière d'établissements soumis à l'obligation vaccinale.

#### ✓ **Annexe 5 : Modélisation épidémiologique du SARS-COV-2 dans une population vaccinée réalisée par l'institut Pasteur, mise à jour le 6 septembre 2021**

Dans notre nouveau scénario de référence, nous faisons l'hypothèse que le nombre de reproduction de base  $R_0$  est égal à 5 (contre  $R_0=4$  dans l'analyse de juin), que le risque d'hospitalisation augmente de 50% pour les personnes infectées par le variant Delta et que la vaccination diminue le risque d'infection de 60% pour le variant Delta (contre 80% dans l'analyse de juin). Par ailleurs, nous faisons l'hypothèse d'une couverture vaccinale de 70% chez les 12-17 ans, 80% chez les 18-59 ans et 90% chez les plus de 60 ans (contre 30%-70%-90% dans l'analyse de juin). Nous continuons à faire l'hypothèse que la vaccination réduit le risque d'hospitalisation de 95% et le risque de transmission si une personne vaccinée est infectée de 50%.

Les principaux résultats de l'étude sont que :

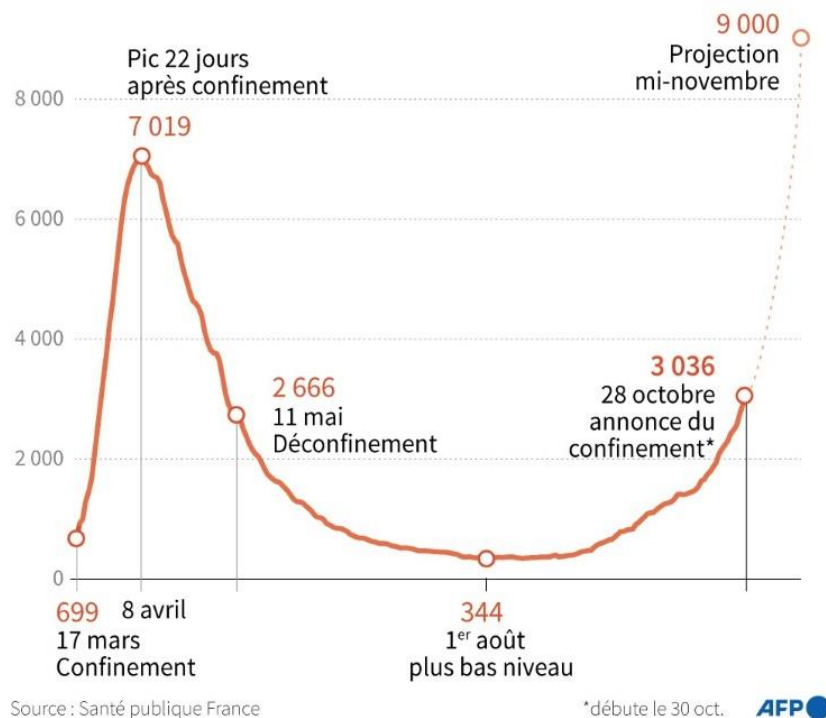
- Les adultes non-vaccinés contribuent de façon importante à la pression sur l'hôpital. Dans notre scénario de référence, les personnes non-vaccinées de plus de 60 ans représentent 3% de la population mais 43% des hospitalisations. Il est essentiel que la couverture vaccinale chez les plus fragiles soit aussi haute que possible.
- Les personnes non-vaccinées contribuent de façon disproportionnée à la transmission. Des mesures de contrôle ciblant cette population pourraient maximiser le contrôle de l'épidémie tout en minimisant l'impact sociétal par rapport à des mesures non ciblées.
- Avec le variant Delta, les personnes vaccinées sont moins bien protégées contre l'infection, même si la protection reste très élevée contre les formes graves. Par ailleurs, plus la population est vaccinée, plus la proportion de vaccinés parmi les cas augmente. Dans notre scénario de référence, on s'attend à ce qu'à peu près la moitié des infections aient lieu chez des personnes vaccinées (alors que ce groupe représente plus de 70% de la population). Il est donc important que les personnes vaccinées continuent à respecter les gestes barrières et porter un masque pour se protéger de l'infection et éviter de contaminer leurs proches.

- Nous nous attendons à ce qu'un tiers des infections ait lieu chez les enfants et adolescents (contre près de la moitié dans nos estimations de juin). Ceci tient à la part relative plus importante des infections chez les adultes du fait de la baisse de l'efficacité vaccinale contre l'infection avec le variant delta, et à la proportion plus élevée d'adolescents qui se sont vaccinés comparativement aux hypothèses de la simulation de juin.
- Etant donné les caractéristiques du variant Delta, l'arrêt de toutes mesures de contrôle pourrait conduire à un stress important sur le système de santé. Il est donc important que les efforts actuels pour limiter la transmission soient maintenus. Grâce à la vaccination, l'intensité des mesures nécessaires pour que les hospitalisations restent à des niveaux gérables devrait être moindre que ce qu'il fallait avant la campagne de vaccination. Alors que les confinements en 2020 ont réduit les taux de transmission de 70-80%, des réductions de 20-30% pourraient maintenant suffire pour fortement réduire l'impact sur le système de santé. Ces réductions pourraient potentiellement être obtenues en appliquant les gestes barrières, le port du masque, un certain degré de distanciation physique, le Tester-Tracer-Isoler et le pass sanitaire. Par ailleurs, l'augmentation de la couverture vaccinale peut également réduire l'impact sanitaire du SARS-CoV-2. Il faut rester vigilant face à toute dégradation de la situation.

✓ **Annexe 6 : Courbe épidémiologique sur l'impact du premier confinement en France**<sup>502</sup>

## Covid-19 : deuxième vague en réanimation

Lits de réanimation occupés par des malades du Covid-19 en France



<sup>502</sup> Agence France Presse, « Face au covid, la France s'enferme ç nouveau », 30 octobre 2020.