SVP
INFORMATION DÉCISIONNELLE

LIVRE BLANC DES EXPERTS SVP

Top 10 des questions RH liées au Passe sanitaire

Le livre blanc des experts SVP

Le thème du livre blanc

« Top 5 des questions RH liées au Passe sanitaire »

À qui s'adresse ce livre blanc ?

DRH, Directeur juridique, Gestionnaire de paye, Expert-comptable

Pourquoi vous proposer ce contenu ?

Pour répondre aux interrogations liées à l'application du passe sanitaire et de l'obligation vaccinale

Quels sont les points abordés ?

Est-il possible de demander à un salarié de se faire vacciner ou de présenter son passe sanitaire ? Comment gérer la situation d'un salarié qui refuserait de se faire vacciner ? Est-il possible de rompre un CDD en l'absence de vaccination ou de passe sanitaire ?

Comment SVP peut vous être utile ?

SVP possède un pôle d'experts spécialisés pouvant vous accompagner dans la maîtrise des règlements applicables.

Tous droits réservés – **SVP 2021**

SOMMAIRE

1) Est-il possible de demander à un salarié de se faire vacciner ou de présenter son passe sanitaire ? 4

2) Comment gérer la situation d'un salarié qui refuserait de se faire vacciner ou de présenter son passe sanitaire ? 5

3) Un salarié est-il autorisé à s'absenter pour se faire vacciner ? 6

4) Un salarié dont le contrat de travail est suspendu du fait du défaut de présentation du passe sanitaire ou du non respect de l'obligation vaccinale peut-il travailler pour un autre employeur pendant cette période ? 6

5) Un employeur peut-il prévoir une clause suspensive de satisfaction à l'obligation vaccinale dans une promesse d'embauche faite à un salarié ? ... 7

6) Est-il possible de rompre un CDD ou un contrat de mission en l'absence de vaccination ou de présentation du passe sanitaire ? 8

7) Est-il possible de licencier un salarié qui refuse de présenter son passe sanitaire ou de se soumettre à l'obligation vaccinale ? 8

8) Les nouvelles mesures concernent-elles tous les salariés dans la restauration, y compris ceux du siège ou des établissements dédiés à la livraison ou la vente à emporter ? 9

9) L'employeur devant mettre en place des mesures de contrôle du passe sanitaire ou de l'obligation vaccinale doit-il consulter le CSE ? 10

10) A quelles sanctions s'expose un employeur qui ne contrôlerait pas la détention du passe sanitaire par ses salariés ou le respect de l'obligation vaccinale ? 10

Tous droits réservés – **SVP 2021**

Introduction

Le 12 juillet 2021, le Président de la République a annoncé un certain nombre de mesures pour faire face à la propagation du virus. Un Passe sanitaire « activités » était déjà en vigueur depuis le 9 juin pour certains lieux accueillant un public de plus de 1000 personnes. Un décret du 19 juillet 2021, entré en vigueur le 21 juillet, étend le Passe sanitaire « activités » à de nouvelles activités de loisirs et culturelles. Ce passe sanitaire ne s'applique pas aux salariés travaillant dans ces secteurs d'activités ou lieux ; il vise uniquement le public.

En revanche, la loi relative à la gestion de la crise sanitaire adoptée définitivement le 25 juillet 2021 rend obligatoire le passe sanitaire aux **salariés.** Le Conseil constitutionnel a été saisi le 26 juillet par le Premier Ministre et a rendu sa décision le 5 août (Décision n° 2021-824 DC). La loi a été publiée au JO du 6 août 2021 et entre en vigueur le lendemain de sa publication, soit le 7 août 2021.

Ainsi, le Passe sanitaire est obligatoire pour les salariés et les personnes qui interviennent dans certains lieux, tels que les cafés, restaurants, hôpitaux, maisons de retraite, établissements médico-sociaux, voyages en avions, trains et cars pour les trajets de longue distance, à partir du 30 août (article 1 de la loi).

Ce passe sanitaire est composé soit du résultat d'un examen de dépistage virologique négatif au covid-19, soit d'un justificatif de statut vaccinal complet, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19.

Par ailleurs, la loi rend la vaccination obligatoire, sauf contre-indication médicale, pour certains professionnels tels que les professionnels de santé, aides à domicile des particuliers employeurs, sapeurs-pompiers et marins-pompiers et pour les personnes exerçant leur activité dans certains lieux tels que des établissements de santé, certains services médico-sociaux ou chez des particuliers employeurs (article 12 de la loi).
Pour ces professions, cette obligation est remplie dès lors qu'un statut vaccinal complet ou, pour sa durée de validité, un certificat de rétablissement après une contamination au covid-19, est présenté. Toutefois, il est prévu la possibilité, jusqu'au 14 septembre inclus, de travailler à condition de présenter le résultat d'un examen de dépistage virologique négatif au covid-19. À partir du 15 septembre 2021, la possibilité de travailler sur la base d'un test négatif est supprimée.

Les salariés non visés aux articles 1er et 12 ne sont pas concernés par de tels justificatifs.

Nous vous proposons ce TOP 10 des questions principales.

1) Est-il possible de demander à un salarié de se faire vacciner ou de présenter son passe sanitaire ?

Dès lors que les salariés sont concernés par l'obligation vaccinale ou la détention du passe sanitaire, deux situations sont à distinguer :

- Les salariés qui travaillent dans les secteurs d'activités ou lieux visés à l'article 1er de la loi pour lesquels il y a une obligation de présenter le passe sanitaire ;

- Les salariés qui travaillent dans les lieux ou secteurs d'activités visés à l'article 12 de la loi pour lesquels il y a une obligation vaccinale.

Dans les deux situations, l'employeur ne peut pas obliger le salarié à se faire vacciner. Le choix de se faire vacciner revient au salarié lui-même. Toutefois, pour les salaries visés à l'article 12 c'est une condition pour exercer leur activité professionnelle.

L'employeur doit faire respecter cette obligation. Ainsi :

- pour les salariés visés à l'article 1er, à partir du 30 août , l'employeur pourra demander au salarié de présenter son passe sanitaire pour pouvoir exercer son activité professionnelle ;

- pour les salariés visés à l'article 12, à partir du lendemain de la publication de la loi (soit le 7 août 2021) et jusqu'au 14 septembre 2021, l'employeur pourra demander soit un résultat de dépistage virologique négatif, soit le justificatif de statut vaccinal complet, soit un certificat médical de contre-indication, soit un certificat de rétablissement suite à une contamination à la covid-19. A partir du 15 septembre et jusqu'au 15 octobre 2021, il pourra demander le justificatif de l'administration d'au moins une des doses requises pour la vaccination complété par un résultat de dépistage virologique négatif. A partir du 16 octobre 2021, seul un justificatif de statut vaccinal complet ou, à défaut, le justificatif de l'administration des doses de vaccins requises, seront admis.

Sources :

Loi 2021-1040 du 5 août 2021, art. 1, II, A, 2° ; art. 12, I. ; art. 13, I ; art 14, I, A et B.

2) Comment gérer la situation d'un salarié qui refuserait de se faire vacciner ou de présenter son passe sanitaire ?

Les salariés concernés par l'obligation vaccinale ou la détention du passe sanitaire qui ne sont pas en mesure de présenter un tel justificatif ne pourront plus exercer leur activité professionnelle. La procédure qui doit être mise en place par l'employeur varie selon que le salarié est concerné par le passe sanitaire ou par l'obligation vaccinale.

En effet, le texte prévoit que l'employeur d'un salarié soumis à la présentation d'un passe sanitaire devra lui notifier, par tout moyen, le jour même, la suspension de son contrat de travail et que lorsque cette suspension se prolonge au-delà de 3 jours travaillés, l'employeur convoquera le salarié pour examiner les moyens de régulariser sa situation. En ce qui concerne le salarié soumis à l'obligation vaccinale, le texte n'a pas prévu d'entretien spécifique avec le salarié au bout d'un temps donné, il prévoit uniquement que l'employeur l'informe sans délai des conséquences qu'emporte cette interdiction d'exercer un emploi (c'est à dire la suspension de son contrat de travail) ainsi que des moyens de régulariser sa situation. Pour autant, rien ne s'oppose à ce que, dans ce cas aussi, l'employeur organise un entretien avec le salarié.

Dans les deux cas, les salariés peuvent en accord avec leur employeur prendre des jours de congés payés ou des jours de repos conventionnels. A défaut de solution, le contrat reste suspendu sans maintien de rémunération jusqu'à la production des justificatifs.

Cette suspension n'est pas assimilée à une période de travail effectif pour l'acquisition des congés payés ainsi que pour les droits légaux conventionnels liés à l'ancienneté. Cette règle est d'ordre public, il est donc impossible d'y déroger.

Il faut noter que cette absence d'assimilation à du travail effectif au regard des congés payés et de l'ancienneté est précisée uniquement pour les salariés soumis à l'obligation vaccinale. Toutefois, à défaut d'assimilation expresse dans la loi pour les salariés soumis au passe sanitaire, la suspension du contrat n'est pas non plus assimilée à du travail effectif au regard des congés payés et de l'ancienneté.

Sources :

Loi 2021-1040 du 5 août 2021, art. 1, II, C, 1. ; art. 14, II.

3) Un salarié est-il autorisé à s'absenter pour se faire vacciner ?

Oui. La loi prévoit pour les salariés une autorisation d'absence pour se rendre aux rendez-vous liés aux vaccinations contre la covid-19.

Ces absences n'entraînent aucune diminution de la rémunération.

Elles 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.

Par ailleurs, une autorisation d'absence peut également être accordée au salarié qui accompagne le mineur ou le majeur protégé dont il a la charge aux rendez-vous liés aux vaccinations contre la covid-19.

Sources :

Loi 2021-1040 du 5 août 2021, art. 17.

4) Un salarié dont le contrat de travail est suspendu du fait du défaut de présentation du passe sanitaire ou du non respect de l'obligation vaccinale peut-il travailler pour un autre employeur pendant cette période ?

Lorsque le contrat de travail d'un salarié est suspendu, le salarié reste tenu de respecter une obligation de loyauté envers son employeur, il ne peut pas exercer une activité concurrente à celle de son employeur pendant cette période. En effet, la jurisprudence a déjà jugé à plusieurs reprises que le salarié en arrêt maladie dont le contrat de travail est suspendu ne doit pas exercer d'activité concurrente à celle de son employeur. S'il s'engage dans une entreprise concurrente et si l'employeur parvient à prouver qu'il subit un préjudice, le salarié serait alors en situation de faute et l'employeur pourrait engager une procédure de licenciement disciplinaire.

Ainsi, un salarié dont le contrat de travail serait suspendu du fait qu'il n'ait pas présenté son passe sanitaire pourrait a priori s'engager au service d'un autre employeur pour lequel l'activité ne requiert pas la présentation du passe à la condition que l'exercice de cette activité ne porte pas préjudice à son employeur initial.

Attention néanmoins, si le contrat de travail du salarié comporte une clause d'exclusivité, alors ce dernier ne peut en aucun cas s'engager au service d'un autre employeur.

Sources :

Cass. soc. 21 novembre 2007, n° 06-44.229

Cass. soc. 9 février 2012, n° 10-26.825

Cass. soc. 28 janv. 2015, n° 13-18.354

5) Un employeur peut-il prévoir une clause suspensive de satisfaction à l'obligation vaccinale dans une promesse d'embauche faite à un salarié ?

La promesse d'embauche faite à un salarié vaut contrat de travail et engage l'entreprise. Néanmoins, il est possible d'insérer une clause suspensive dans une promesse d'embauche faite à un salarié qui aura vocation à s'appliquer en l'absence de tout commencement d'exécution.

En effet, la jurisprudence a déjà eu l'occasion de préciser, à propos d'un CDD, que les dispositions d'ordre public de l'article L. 1243-1 du Code du travail qui prévoient que le CDD ne peut être rompu avant l'échéance du terme que dans les seuls cas visés par ce texte, ne prohibe pas la stipulation de conditions suspensives.

Dans ce cas, la non réalisation de l'événement, en l'occurence, la non présentation d'un schéma vaccinal complet par le salarié, objet de la clause, rendra caduque la promesse d'embauche et les parties seront déliées de leur engagement. Il faut toutefois être très vigilant dans la rédaction de la clause, les juges opérant un contrôle strict en la matière. En effet, il sera nécessaire de préciser, par exemple, que le salarié devra pouvoir présenter son schéma vaccinal complet la veille du début du contrat de travail au plus tard, de manière à ce que le contrat n'ait pas encore commencé et puisse être annulé si le salarié est dans l'incapacité de le présenter.

Sources :

Cass.soc. 14 décembre 2016, n° 15-26.676

Cass.soc. 15 mars 2017, n° 15-24.028

Cass.soc. 9 juin 2017, n° 16-14.019

6) Est-il possible de rompre un CDD ou un contrat de mission en l'absence de vaccination ou de présentation du passe sanitaire ?

A l'instar du CDI, le CDD ou le contrat de mission d'un salarié temporaire peut être suspendu à défaut de présentation des justificatifs nécessaires. La loi avait prévu un nouveau cas de rupture anticipée du CDD ou du contrat de mission. Ces contrats pouvaient être rompus unilatéralement et de manière anticipée par l'employeur sous réserve de respecter la procédure de licenciement.

Or, le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 5 août a censuré cette disposition du projet de loi. En effet, ce dernier décide qu'en prévoyant que le défaut de présentation d'un « passe sanitaire » constitue une cause de rupture anticipée des seuls contrats à durée déterminée ou de mission, le législateur a institué une différence de traitement entre les salariés selon la nature de leurs contrats de travail qui est sans lien avec l'objectif poursuivi.

Ainsi, il reste possible pour l'employeur de suspendre le contrat à durée déterminée ou le contrat de travail temporaire, mais il ne peut plus le rompre pour le seul motif de la non présentation du passe sanitaire par le salarié.

A l'arrivée du terme du CDD ou du contrat de travail temporaire, l'indemnité de fin de contrat ou de fin de mission reste due au salarié à l'exclusion de la période de suspension.

Sources :

Loi 2021-1040 du 5 août 2021, art 1, II, C, 1° ; art. 14, II.

Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021

7) Est-il possible de licencier un salarié qui refuse de présenter son passe sanitaire ou de se soumettre à l'obligation vaccinale ?

A l'origine, le projet de loi prévoyait la possibilité de licencier le salarié à l'issue de la période de suspension de son contrat de travail si sa situation n'était pas régularisée. Or, cette possibilité a été supprimée du texte du projet de loi définitif par le Sénat.

La jurisprudence a déjà admis le licenciement d'un salarié qui avait été engagé en qualité d'employé des pompes funèbres et qui avait refusé de se faire vacciner contre l'hépatite B alors que la vaccination était obligatoire. Ainsi, la vaccination contre la covid-19 ayant été rendue obligatoire dans les secteurs médico sociaux, il semblerait possible de transposer cette jurisprudence et donc d'admettre qu'un salarié qui ne respecte pas l'obligation vaccinale contre la covid-19 soit licencié pour cause réelle et sérieuse.

Pour un salarié qui n'est pas soumis à l'obligation vaccinale mais uniquement à la présentation d'un passe sanitaire, la question est plus épineuse. En effet, le passe sanitaire n'est pas une obligation vaccinale et de ce fait la jurisprudence ci-dessus n'aurait pas

vocation à s'appliquer dans ce cas. Ainsi, pour les salariés soumis à l'obligation de présenter le passe sanitaire, l'employeur aura tout intérêt à mettre en œuvre la procédure de licenciement pour absences prolongées ou répétées perturbant le fonctionnement de l'entreprise. Dans ce cas, l'employeur devra pouvoir prouver la perturbation de l'entreprise et la nécessité de remplacement définitif du salarié en question. Il devra pour ce faire, respecter l'éventuelle garantie d'emploi conventionnelle, prouver qu'il n'a pas de solution temporaire de remplacement et recruter en CDI sur le poste concerné.

Néanmoins, cette procédure n'est pas sans risque car le passe sanitaire est a priori un dispositif qui n'a pas vocation à durer dans le temps donc si l'employeur licencie trop tôt le salarié, les juges pourraient estimer que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Sources :

Cass. soc. 11 juillet 2012, n° 10-27.888

8) Les nouvelles mesures concernent-elles tous les salariés dans la restauration, y compris ceux du siège ou des établissements dédiés à la livraison ou la vente à emporter ?

Les nouvelles mesures visent les activités de restauration commerciale, à l'exception de la restauration collective, de la vente à emporter de plats préparés et de la restauration professionnelle routière et ferroviaire.

Ainsi, les salariés travaillant dans les sièges sociaux ne sont pas concernés par ces mesures, n'exerçant pas eux-mêmes une activité de restauration.

La loi exclut l'application de ces mesures aux salariés des établissements de restauration de vente à emporter de plats préparés.

En revanche, elles s'appliquent aux salariés des établissements de restauration qui font de la livraison.

Sources :

Loi 2021-1040 du 5 août 2021, art. 1, II, A, 2°, b).

9) L'employeur devant mettre en place des mesures de contrôle du passe sanitaire ou de l'obligation vaccinale doit-il consulter le CSE ?

La loi a prévu que par dérogation aux articles L. 2312-8 et L. 2312-14 du Code du travail, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, l'employeur devra informer sans délai et par tout moyen le CSE des mesures de contrôle résultant de la mise en œuvre de l'obligation de présentation du passe sanitaire et de l'obligation vaccinale. Ces mesures pourront avoir un impact sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et devront donc dans ce cas faire l'objet d'une consultation du CSE. La loi prévoit que par exception aux règles habituelles, l'avis du CSE pourra intervenir après que l'employeur a mis en œuvre les mesures en question et au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la communication par l'employeur des informations sur lesdites mesures.

Sources :

Loi 2021-1040 du 5 août 2021, art. 15.

10) A quelles sanctions s'expose un employeur qui ne contrôlerait pas la détention du passe sanitaire par ses salariés ou le respect de l'obligation vaccinale ?

Pour les salariés qui sont tenus de présenter le passe sanitaire à leur employeur, il est prévu que si ce dernier ne contrôle pas la détention du passe sanitaire, il est mis en demeure par l'autorité administrative de se conformer aux obligations qui sont applicables à l'accès au lieu. La mise en demeure indique les manquements constatés et fixe un délai, qui ne peut être supérieur à 24 heures ouvrées à l'expiration duquel l'exploitant du lieu doit se conformer aux obligations. Si la mise en demeure est infructueuse, l'autorité administrative peut ordonner la fermeture administrative du lieu pour une durée maximale de sept jours. Cette mesure est levée dès que l'exploitant apporte la preuve de la mise en place des dispositions relatives au passe sanitaire. Si un manquement est constaté à plus de 3 reprises au cours d'une période de 45 jours, il est puni d'un an d'emprisonnement et de 9000 € d'amende.

La loi a précisé que les salariés pourront présenter à leur employeur leur justificatif de statut vaccinal sous une forme ne permettant d'identifier que la nature de celui-ci et l'information selon laquelle le schéma vaccinal est complet. Dans ce cas, l'employeur sera autorisé à conserver, jusqu'à la sortie de la crise sanitaire, le résultat de la vérification opérée et à délivrer, le cas échéant, un titre spécifique permettant une vérification simplifiée.

Pour les salariés qui sont tenus de se conformer à l'obligation vaccinale, la loi a prévu que la méconnaissance, par l'employeur, de l'obligation de contrôler le respect de l'obligation vaccinale est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe (1 500 € au plus pour une personne physique, 7 500 € au plus pour une personne morale) ou d'une amende forfaitaire. Si une telle violation est verbalisée à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, les faits sont punis d'un an d'emprisonnement et de 9 000 € d'amende.

Sources :

Loi 2021-1040 du 5 août 2021, art 1, II, D al. 3 ; art. 16, II.

Comment SVP peut vous être utile ?

Née en 1935, SVP fournit de l'information opérationnelle aux décideurs, en entreprise et collectivité, pour les aider au quotidien dans leur pratique professionnelle. Elle leur apporte pour cela les réponses immédiates dont ils ont besoin pour gérer et développer leurs activités.

La société accompagne à ce jour 7 000 clients et 30 000 décideurs grâce à 200 experts organisés par domaine de compétences : ressources humaines, fiscalité, vie des affaires, communication/marketing, finance, sourcing...

Grâce à leurs compétences multiples et aux outils documentaires sans équivalent mis à leur disposition, ces experts répondent ainsi en toute confidentialité – et principalement par téléphone - à près de 2 000 questions posées quotidiennement.

SVP
INFORMATION DÉCISIONNELLE

TÉL. **01 47 87 11 11**
WEB **www.svp.com**