



SVP

INFORMATION
DÉCISIONNELLE



LIVRE BLANC DES EXPERTS SVP

Top 20 des questions RH liées au Passe sanitaire

Le livre blanc des experts SVP



Le thème du livre blanc

« Top 20 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.



S O M M A I R E

1) Est-il possible de demander à un salarié de se faire vacciner ou de présenter son passe sanitaire ?.....	5
2) A quelle date un salarié mineur sera tenu de présenter un passe sanitaire ?	6
3) Comment gérer l'absence de passe sanitaire d'un salarié dans le cadre d'un séminaire ponctuel ?	6
4) L'employeur doit-il rembourser les tests de dépistage des salariés effectués dans le cadre du passe sanitaire ?	7
5) Comment gérer la situation des salariés qui seraient exemptés de vaccination ?	7
6) Comment gérer la situation d'un salarié qui refuserait de se faire vacciner ou de présenter son passe sanitaire ?.....	8
7) Lorsqu'un salarié d'une entreprise prestataire non soumise à la présentation du passe sanitaire ou à l'obligation vaccinale intervient dans un établissement soumis à l'une de ces obligations, ce dernier doit-il présenter un passe sanitaire ou être vacciné ?	10
8) Un salarié est-il autorisé à s'absenter pour se faire vacciner ?	11
9) Dans les lieux dont l'accès est soumis à la présentation du passe sanitaire, les salariés devront-ils pour autant continuer à porter le masque ?	12
10) Qu'advient-il en cas d'arrêt maladie du salarié pendant la période de suspension de son contrat de travail ?	12
11) 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 ?	13
12) Un employeur peut-il prévoir une clause suspensive de satisfaction à l'obligation vaccinale dans une promesse d'embauche faite à un salarié ? ..	13

13) Est-il possible de rompre un CDD ou un contrat de mission en l'absence de vaccination ou de présentation du passe sanitaire ?	14
14) Est-il possible de licencier un salarié qui refuse de présenter son passe sanitaire ou de se soumettre à l'obligation vaccinale ?	15
15) La présentation du passe sanitaire concerne-t-elle tous les salariés dans la restauration, y compris ceux du siège ou des établissements dédiés à la vente à emporter ?	16
16) Que doit mettre en place un employeur chargé de contrôler la détention du passe sanitaire ?	16
17) Combien de temps l'employeur peut-il garder les éléments de vérification du passe sanitaire ou de l'obligation vaccinale ?	17
18) L'employeur devant mettre en place des mesures de contrôle du passe sanitaire ou de l'obligation vaccinale doit-il consulter le CSE ?	19
19) 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 ?	19
20) A quelle date prend fin le dispositif de présentation d'un passe sanitaire ou de satisfaction à l'obligation vaccinale pour les salariés ?	20

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/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 2021-40 relative à la gestion de la crise sanitaire du 5 août 2021 a été publiée au JO du 6 août 2021 et entre en vigueur le lendemain de sa publication, soit le 7 août 2021.

Par ailleurs, en ce qui concerne les relations employeurs-salariés, des précisions ont été apportées par deux décrets du 7 août 2021 (n° 2021-1056 et 2021-1059). Le gouvernement a également publié le 9 août 2021 sur le site du Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, un nouveau Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 et un questions-réponses (QR) (<https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/questions-reponses-par-theme/article/obligation-de-vaccination-ou-de-detener-un-pass-sanitaire-pour-certaines>).

Ainsi, le Passe sanitaire est obligatoire pour les salariés et les personnes qui interviennent dans certains lieux, tels que les cafés, restaurants, avions, trains et cars pour les trajets de longue distance, à partir du 30 août (article 1 de la loi). Le passe sanitaire consiste en la présentation numérique (via l'application TousAntiCovid) ou papier, d'une preuve sanitaire, parmi les trois suivantes : la vaccination, à la condition de disposer d'un schéma vaccinal complet ; le résultat négatif d'un test virologique datant de moins de 72 heures (examen de dépistage RT-PCR, test antigénique ou autotest réalisé sous la supervision d'un professionnel de santé) ; le résultat d'un test RT-PCR ou antigénique positif attestant du rétablissement de la Covid-19, datant d'au moins 11 jours et de moins de 6 mois. Le document attestant d'une contre-indication médicale à la vaccination peut être présenté à la place des documents précités.

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).

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

Nous vous proposons donc ce top 20 des questions sociales liées au passe sanitaire.

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 salariés 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 compter du 9 août 2021, ils devront obligatoirement être vaccinés, sauf contre-indication médicale. Néanmoins, l'application de l'obligation vaccinale s'applique en plusieurs temps :
 - Du 9 août au 14 septembre 2021 inclus, les personnels concernés pourront présenter : soit un certificat de statut vaccinal ; soit le résultat d'un test RT-PCR ou antigénique positif attestant du rétablissement de la Covid-19, datant d'au moins 11 jours et de moins de 6 mois ; soit le résultat négatif d'un test virologique datant de moins de 72 heures (examen de dépistage RT-PCR, test antigénique ou autotest réalisé sous la supervision d'un professionnel de santé).
 - Du 15 septembre au 15 octobre inclus, une période transitoire est prévue par la loi. Lorsque le salarié a justifié d'une première dose de vaccin, il pourra continuer à exercer son activité à condition de présenter le résultat négatif d'un test virologique.
 - A compter du 16 octobre, les personnes concernées devront justifier, auprès de leur employeur, avoir un schéma vaccinal complet ou ne pas y être soumises en raison de contre-indication médicale ou d'un rétablissement après une contamination par le COVID-19.

Sources :

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

Minist. Travail. QR "Obligation de vaccination ou de détenir un passe sanitaire pour certaines professions"

2) A quelle date un salarié mineur sera tenu de présenter un passe sanitaire ?

La loi prévoit que l'obligation de présentation du passe sanitaire est applicable aux mineurs de plus de 12 ans à compter du 30 septembre 2021.

Dès lors, les salariés de moins de 18 ans ne seront pas tenus de présenter un passe sanitaire avant cette date. A partir de cette date, ils devront présenter un passe sanitaire dans les mêmes conditions que les salariés majeurs.

Sources :

Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021, art. 1, II, A, 2°, f) al. 3 ;

3) Comment gérer l'absence de passe sanitaire d'un salarié dans le cadre d'un séminaire ponctuel ?

Le décret n° 2021-1059 prévoit la présentation d'un passe sanitaire pour les séminaires professionnels de plus de 50 personnes lorsqu'ils ont lieu dans un site extérieur à l'entreprise. Notons que seuls les séminaires hors de l'entreprise et de plus de 50 personnes sont concernés par l'obligation de présentation d'un passe sanitaire. Les employeurs ont donc deux leviers d'action pour éviter cette contrainte : organiser un séminaire avec moins de 50 personnes ou l'organiser sur le site de l'entreprise.

Pour les entreprises qui organisent un séminaire de plus de 50 personnes sur un site extérieur à l'entreprise, le salarié, comme toute personne qui ne présenterait pas un passe sanitaire obligatoire dans l'exercice de son activité professionnelle, se verra appliquer les dispositions prévues par la loi du 5 août 2021 pendant la durée du séminaire (suspension du contrat de travail, prise de jours de congés... *voir notre question précédente « Comment gérer la situation d'un salarié qui refuserait de se faire vacciner ou de présenter son passe sanitaire ? »*)

En pratique, si le salarié peut continuer son activité professionnelle durant le séminaire, il se verra refuser l'accès au séminaire mais continuera à travailler.

Sources :

Décret n° 2021-1059 du 7 août 2021, art 1, 8°.

4) L'employeur doit-il rembourser les tests de dépistage des salariés effectués dans le cadre du passe sanitaire ?

De jurisprudence constante, les juges qualifient de frais professionnels, une dépense :

- inhérente à l'emploi, c'est-à-dire découlant directement des conditions d'exécution du travail et imposant au salarié une charge supérieure à celles liées à la vie courante ;
- effectivement exposée par le salarié.

Bien que l'objet de la mesure ne soit pas de faire supporter aux employeurs le coût des dépistages, on peut légitimement s'interroger sur leur qualification de frais professionnels au vu de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.

D'un point de vue cotisations sociales, l'article L.136-1-1 du code de la sécurité sociale précise que « ne constituent pas un revenu d'activité les remboursements effectués au titre de frais professionnels correspondant dans les conditions et limites fixées par arrêté des ministres chargés de la sécurité sociale et du budget à **des charges de caractère spécial inhérentes à la fonction ou à l'emploi des travailleurs salariés ou assimilés que ceux-ci supportent lors de l'accomplissement de leurs missions** ».

Néanmoins, l'URSSAF peut, dans le cadre des frais professionnels, écarter cette qualification si les frais exposés résultent de convenances personnelles. Cette interprétation pourrait être retenue pour le salarié faisant le choix de multiples tests de dépistage plutôt que celui de la vaccination.

La fin du remboursement des tests PCR étant annoncée à la mi-octobre, une précision du gouvernement sur ce point serait plus que souhaitable.

Sources :

Art. L. 136-1-1 du Code de la sécurité sociale

BOSS « Frais professionnels »

Cass. soc. 20 mai 1976, n° 75-40.615

Cass. soc. 9 mars 1977, n° 75-40.715

5) Comment gérer la situation des salariés qui seraient exemptés de vaccination ?

La loi relative à la gestion de la crise sanitaire précise, en ce qui concerne les salariés soumis à la présentation du passe sanitaire qu'« un décret, pris après avis de la Haute Autorité de santé, détermine les cas de contre-indication médicale faisant obstacle à la vaccination et permettant la délivrance d'un document pouvant être présenté dans les cas prévus au 2° du A du présent II ». Ainsi, un salarié qui présenterait un certificat de contre-indication médicale faisant obstacle à la vaccination pourrait continuer à travailler sans avoir à justifier d'un passe sanitaire. A ce sujet, le "questions-réponses" du Ministère du travail

précise bien que le document attestant d'une contre-indication médicale à la vaccination peut être présenté à la place des documents qui font office de passe sanitaire.

Par ailleurs, la loi prévoit en ce qui concerne les salariés soumis à l'obligation vaccinale, que "les personnes mentionnées au I de l'article 12 établissent ne pas être soumises à [l'obligation vaccinale] en présentant un certificat médical de contre-indication. Ce certificat peut, le cas échéant, comprendre une date de validité ». En effet, dans ce cas, les personnes concernées peuvent justifier ne pas être soumises à l'obligation vaccinale en raison de contre-indication médicale. La loi prévoit aussi par ailleurs, qu'un certificat de rétablissement après une contamination par le COVID-19 justifie le respect de l'obligation. Les certificats de contre-indication médicale ou de rétablissement peuvent être présentés au médecin du travail compétent, qui informe l'employeur, sans délai, de la satisfaction à l'obligation vaccinale avec, le cas échéant, le terme de validité du certificat transmis.

Ainsi, un salarié qui présenterait un certificat de contre-indication médicale faisant obstacle à la vaccination pourrait continuer à travailler sans avoir à justifier d'un passe sanitaire ou d'avoir satisfait à l'obligation vaccinale. En effet, la loi ne prévoit pas que les personnes exemptées doivent se soumettre à un test de dépistage.

Un décret du 7 août 2021 précise en annexe 2 les cas qui relèvent de la contre-indication à la vaccination.

Sources :

Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021, art. 1, II, J ; art 13, I, 2° ; art 13, II.

Décret n° 2021-1056 du 7 août 2021, annexe 2.

Minist. Travail. QR "Obligation de vaccination ou de détenir un passe sanitaire pour certaines professions"

6) 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,

notamment les possibilités d'affectation, le cas échéant temporaires, au sein de l'entreprise sur un poste non soumis à cette obligation.

Dans un premier temps, même si la loi n'impose aucun formalisme particulier, l'employeur devra être capable de démontrer qu'il a bien organisé cet entretien (exemples : convocation du salarié par lettre recommandée avec accusé de réception, compte-rendu de l'entretien signé par les parties...). En ce qui concerne la tenue de l'entretien en lui-même, le QR du Ministère du travail précise qu'il reste recommandé d'organiser l'entretien en présentiel, dans un lieu non soumis à l'obligation de présentation du passe sanitaire. Toutefois, si ce n'est pas possible, cet entretien peut également être organisé en visio-conférence.

Dans un second temps, face à l'absence de passe sanitaire du salarié, l'employeur devra chercher **loyalement** des solutions permettant d'éviter la suspension du contrat de travail. L'employeur pourra envisager la mise en place d'un reclassement comme le préconise la loi ou encore d'un aménagement de poste, notamment par la mise en place du télétravail comme le préconise le QR du Ministère du travail.

Il est donc possible de considérer que toute possibilité qui ne présenterait pas une contrainte excessive pour l'entreprise (en termes de coût, de réorganisation...) doit être proposée au salarié. D'autant qu'il peut s'agir d'une solution partielle. En effet, le QR précise bien que « la suspension du contrat de travail du salarié refusant de produire ses justificatifs ne vaut que pour les lieux pour lesquels ses justificatifs sont exigés, au prorata du temps de travail que le salarié aurait dû effectuer dans ces lieux ».

La période de suspension constitue un véritable préjudice pour le salarié (perte de rémunération, non-acquisition de congés payés...), de sorte que si le salarié parvenait à démontrer qu'il existait des solutions qui ne lui ont pas été proposées, il pourrait vraisemblablement tenter une action contentieuse en réparation des préjudices subis (rappel de salaires, dommages et intérêts...).

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 ni de recherche d'une solution temporaire, 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 son QR, le Ministère du travail le recommande aussi afin d'instaurer un dialogue 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 n° 2021-1040 du 5 août 2021, art. 1, II, C, 1. ; art. 14, II.

Minist. Travail. QR "Obligation de vaccination ou de détenir un passe sanitaire pour certaines professions"

7) Lorsqu'un salarié d'une entreprise prestataire non soumise à la présentation du passe sanitaire ou à l'obligation vaccinale intervient dans un établissement soumis à l'une de ces obligations, ce dernier doit-il présenter un passe sanitaire ou être vacciné ?

En ce qui concerne la présentation du passe sanitaire par le salarié d'une entreprise prestataire :

A partir du 30 août 2021, les personnes qui interviennent dans les lieux et événements soumis au passe sanitaire devront le présenter pour y travailler. Le Ministère du travail, dans son questions-réponses, a précisé que cela concerne les salariés, les bénévoles, les prestataires, les intérimaires et les sous-traitants.

Néanmoins, le décret du 7 août 2021 n'impose le passe sanitaire que lorsque l'activité se déroule dans les espaces et aux heures où ils sont accessibles au public. Il en résulte que les salariés et les autres professionnels concernés ne seront pas tenus de présenter le passe sanitaire si leur activité se déroule dans des espaces non accessibles au public (ex : bureaux) ou en dehors des horaires d'ouverture au public.

Par ailleurs, les personnels effectuant des livraisons ne sont pas soumis à l'obligation de présentation du passe sanitaire ainsi que ceux effectuant des interventions d'urgence. Par des interventions urgentes, le Ministère du travail précise que sont visées des interventions pour effectuer des missions ou des travaux dont l'exécution immédiate est nécessaire pour le bon fonctionnement de l'établissement concerné (exemples : travaux pour réparer des accidents ou dommages survenus au matériel, installations ou bâtiments, organisation des mesures de sauvetage).

En ce qui concerne la satisfaction à l'obligation vaccinale par le salarié d'une entreprise prestataire :

La loi a précisé que l'obligation vaccinale ne s'applique pas aux personnes chargées de l'exécution d'une tâche ponctuelle au sein des locaux dans lesquels le salarié doit être vacciné pour travailler.

Le QR du Ministère du travail a précisé la notion de tâche ponctuelle. En effet, elle est définie comme une intervention très brève et non récurrente qui n'est pas liée à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Le QR ajoute que les travailleurs qui effectuent ces tâches ne sont pas intégrés dans le collectif de travail et n'exercent pas leur activité en lien avec le public. Pour exemple de tâche ponctuelle, le ministère du travail précise qu'il peut s'agir de l'intervention d'une entreprise de livraison ou d'une réparation urgente. A l'inverse, ne seraient pas des tâches ponctuelles, la réalisation de travaux lourds dans l'entreprise comme la rénovation d'un bâtiment ou l'intervention des services de nettoyage du fait de leur caractère récurrent.

Le "questions-réponses" précise toutefois que si le salarié qui réalise une tâche ponctuelle n'est pas concerné par l'obligation vaccinale, il doit toutefois toujours veiller au respect de l'ensemble des gestes barrières.

Sources :

Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021, art. 1, II, A, 2°, f) ; art. 12, III.

Minist. Travail. QR "Obligation de vaccination ou de détenir un passe sanitaire pour certaines professions"

8) 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 n° 2021-1040 du 5 août 2021, art. 17

9) Dans les lieux dont l'accès est soumis à la présentation du passe sanitaire, les salariés devront-ils pour autant continuer à porter le masque ?

Le décret 2021-1059 prévoit qu'à partir du 30 août 2021, pour le personnel y intervenant, le port du masque ne sera plus obligatoire dans les lieux, établissements, services ou événements dont l'accès est subordonné à la présentation du passe sanitaire, sauf dans les transports.

Ce point a été confirmé par les questions-réponses du Ministère du travail. Pour autant, le port du masque pourra toutefois être rendu obligatoire par le préfet de département lorsque les circonstances locales le justifient, ainsi que par l'exploitant ou l'organisateur.

Ainsi, à compter du 30 août 2021, les salariés qui auront accédé à leur lieu de travail en présentant leur passe sanitaire ne seront plus obligés de porter le masque sauf si leur employeur ou le préfet du département l'impose.

Sources :

Décret n° 2021-1059 du 7 août 2021, art. 1, V.

Minist. Travail. QR "Obligation de vaccination ou de détenir un passe sanitaire pour certaines professions"

10) Qu'advient-il en cas d'arrêt maladie du salarié pendant la période de suspension de son contrat de travail ?

Lorsqu'il existe un concours de causes de suspension du contrat de travail, la Cour de cassation applique le principe selon lequel la première cause de suspension prévaut. En effet, les événements qui interviennent après la première cause de suspension ne seront considérés comme cause de suspension que lorsque la première cause de suspension du contrat de travail aura cessé.

Ainsi dans notre cas :

- Si l'arrêt de travail débute avant la suspension du contrat de travail du salarié alors l'arrêt de travail est la première cause de suspension du contrat de travail. Dans ce cas, l'employeur reste tenu de verser le maintien de salaire à son salarié et ce dernier peut aussi percevoir les IJSS s'il en remplit les conditions.
- A l'inverse, si le salarié est placé en arrêt maladie postérieurement à la suspension de son contrat de travail, alors c'est la suspension du contrat du fait du défaut de présentation des justificatifs qui est la première cause de suspension du contrat de travail. Dans ce cas, l'employeur n'aurait donc pas à verser le maintien de salaire à son salarié. Ce dernier ne pourrait que percevoir les IJSS.

Sources :

Cass.soc., 21 mai 2008, n° 06-41.498

11) 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 pour ne pas avoir 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

12) 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'occurrence, 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

13) 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 ou de la non satisfaction à l'obligation vaccinale 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 n° 2021-1040 du 5 août 2021, art 1, II, C, 1° ; art. 14, II.

Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021

14) 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 du 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

15) La présentation du passe sanitaire concerne-t-elle tous les salariés dans la restauration, y compris ceux du siège ou des établissements dédiés à 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, ne sont pas concernés par ces mesures :

- les salariés travaillant dans les sièges sociaux n'exerçant pas eux-mêmes une activité de restauration ;
- les salariés de la restauration collective ainsi que les professionnels qui s'y rendent pour déjeuner ;
- les salariés des établissements de restauration de vente à emporter de plats préparés ;
- les salariés effectuant uniquement des livraisons ;
- les salariés de la restauration professionnelle routière et ferroviaire.

Sources :

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

16) Que doit mettre en place un employeur chargé de contrôler la détention du passe sanitaire ?

Le décret du 7 août 2021 crée un article 2-3 dans le décret n°2021-699 du 1er juin 2021 qui précise désormais que les personnes chargées du contrôle du passe sanitaire « habilitent nommément les personnes et services autorisés à contrôler les justificatifs pour leur compte, selon les modalités décrites au III du présent article. Elles tiennent un registre détaillant les personnes et services ainsi habilités et la date de leur habilitation, ainsi que les jours et horaires des contrôles effectués par ces personnes et services. »

Ainsi, un employeur qui est responsable d'un lieu, établissement ou service dans lequel la présentation du passe sanitaire est obligatoire est donc en charge du contrôle de ce dernier. Pour ce faire, il doit tenir un registre indiquant les personnes et services qu'il a désigné pour effectuer ce contrôle en précisant « la date de leur habilitation, ainsi que les jours et horaires des contrôles effectués par ces personnes et services ».

La question se pose de savoir si l'employeur peut imposer à n'importe quel salarié d'être habilité et d'effectuer le contrôle du passe sanitaire et dans quelle mesure un salarié pourrait refuser. En effet, le fait de demander à un salarié de contrôler le passe sanitaire ou le respect de l'obligation vaccinale peut constituer une modification des fonctions de ce dernier.

La qualification et la fonction du salarié sont considérées comme des éléments essentiels du contrat de travail qui nécessite l'accord du salarié si elles sont modifiées.

Il est de jurisprudence constante que lorsque les nouvelles tâches remettent en cause la qualification, le niveau de responsabilité ou la nature même de l'activité du salarié, il s'agit d'une modification du contrat soumise à l'acceptation du salarié. Or la fonction de contrôle du passe sanitaire ou du respect de l'obligation vaccinale implique pour le salarié de nouvelles responsabilités. En effet, en cas de mauvais contrôle, c'est la responsabilité de l'entreprise qui peut être engagée ce qui peut constituer une faute de la part du salarié pouvant être sanctionnée disciplinairement.

Dès lors, à notre sens, le fait de faire contrôler le passe sanitaire ou le respect de l'obligation vaccinale par un salarié constitue une augmentation de ses responsabilités et donc une modification de son contrat de travail qui nécessite son accord.

En cas de contentieux, il appartiendra aux juges de déterminer selon les différents cas d'espèce, si un salarié s'est vu imposer une modification de son contrat de travail ou non.

Sources :

Décret n° 2021-699 du 1er juin 2021, art. 2-3, II

Décret n° 2021-1059 du 7 août 2021, art. 1er, 2°, d)

Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-21.178

Cass. soc., 25 septembre 2013, n° 12-19.407

Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-29.242

Cass. soc., 4 novembre 2015, n° 13-14.412

17) Combien de temps l'employeur peut-il garder les éléments de vérification du passe sanitaire ou de l'obligation vaccinale ?

Pour les employeurs soumis au contrôle du passe sanitaire :

La loi prévoit que le dispositif de contrôle permet seulement de connaître les données strictement nécessaires à l'exercice du contrôle. Cela est confirmé par les questions-réponses du gouvernement : « L'employeur aura connaissance du statut des personnes au regard de l'obligation de passe sanitaire via le QR code. Ce dernier ne comporte pas d'information précise sur la santé des personnes concernées : l'employeur ne sait pas par quel moyen ce passe est respecté, cela peut être par le vaccin, un test PCR, le rétablissement après une contamination par la COVID, etc. »

L'article 1er II. E de la loi, indique que **l'employeur n'est pas autorisé à conserver la preuve d'un passe sanitaire conforme** (par exemple la photocopie du passe sanitaire),

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

Signalons que les salariés bénéficiant d'une attestation de contre-indication à la vaccination ne sont pas concernés par cette dérogation.

En pratique, l'employeur effectue donc un contrôle de ses salariés sans garder d'information mais en effectuant une simple vérification pour leur autoriser l'accès au lieu de travail. Si le salarié lui présente un document attestant d'un schéma vaccinal complet, alors il peut conserver le résultat de cette vérification mais pas le document présenté par le salarié. Cette dérogation lui permet d'éviter une vérification quotidienne des salariés concernés.

Il convient donc de ne pas garder d'informations plus que nécessaires. En effet, la loi sanctionne d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende, le fait de conserver, dans un cadre autre que la dérogation précitée, les informations sur le passe sanitaire et le statut vaccinal des salariés concernés par le passe sanitaire.

Pour les employeurs soumis au contrôle de l'obligation vaccinale :

Pour les salariés soumis à l'obligation vaccinale, l'article 13 IV de la loi autorise l'employeur, ou l'agence régionale de santé compétente le cas échéant, à conserver le résultat du contrôle du justificatif de statut vaccinal jusqu'à la fin de l'obligation vaccinale (aucune date de fin n'est prévue pour l'instant).

Dans tous les cas, la conservation de ces données est soumise au RGPD qui impose une durée de conservation des données personnelles strictement nécessaires à la finalité du traitement. Les violations des dispositions du RGPD sont sanctionnées par des amendes pouvant atteindre des montants conséquents.

Sources :

Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021, art. 1^{er}, II, E ; art. 13, IV.

Minist. Travail. QR "Obligation de vaccination ou de détenir un passe sanitaire pour certaines professions"

RGPD art. 5 et art. 83

18) 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.

Le questions-réponses du gouvernement reprend ces obligations et propose un exemple avec schéma sur l'application pratique des délais.

Sources :

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

Minist. Travail. QR "Obligation de vaccination ou de détenir un passe sanitaire pour certaines professions"

19) 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 n° 2021-1040 du 5 août 2021, art 1, II, D al. 3 ; art. 16, II.

20) A quelle date prend fin le dispositif de présentation d'un passe sanitaire ou de satisfaction à l'obligation vaccinale pour les salariés ?

La présentation d'un passe sanitaire obligatoire pour l'accès à certains lieux définis à l'article 1 de la loi s'applique aux salariés à partir du 30 août 2021 (sauf pour les mineurs, voir notre question précédente « A quelle date un salarié mineur devra présenter son passe sanitaire ? »). Pour l'instant, cette obligation s'applique jusqu'au 15 novembre 2021. Pour aller au-delà de cette date, il faudra nécessairement une nouvelle loi.

Par ailleurs, à compter du 9 août 2021, les personnels des établissements de soins, médico-sociaux et sociaux listés à l'article 12 de la loi **devront obligatoirement être vaccinés**, sauf contre-indication médicale (voir notre question précédente « Est-il possible de demander à un salarié de se faire vacciner ou de présenter son passe sanitaire ? »). Contrairement à la présentation du passe sanitaire, la loi ne limite pas l'obligation vaccinale dans le temps mais se contente de prévoir que les pouvoirs publics pourront la suspendre pour tout ou partie des catégories de personnes concernées, via un décret.

Sources :

Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021, art. 1, II, A ; art 12, IV.

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.

