

Droit et Covid-19 (France) : Pass sanitaire et licenciement, analyse

dimanche 8 août 2021, par [BAUER Michèle](#) (Date de rédaction antérieure : 19 juillet 2021).

L'avant projet de loi sur la crise sanitaire sera présenté au conseil des ministres le 19 juillet 2021, il crée un pass sanitaire. Ce dernier devra être présenté par tout salarié, à défaut le salarié sera en arrêt d'activité et pourra être licencié au bout de deux mois d'absence.

Cette disposition est critiquable car elle porte atteinte à la liberté de travailler, au droit au respect de la vie privée du salarié et au secret médical. Pourquoi ne pas avoir plutôt renforcé les recommandations sanitaires pour l'employeur et les avoir transformées en obligations plutôt que de sanctionner la partie la plus faible au contrat de travail ?

Je me risque à écrire sur le pass sanitaire et les dispositions annoncées dans l'avant projet de loi sur la gestion de la crise sanitaire qui doivent être examinées ce jour lundi 19 juillet 2021 par le conseil des Ministres et plus particulièrement celle qui concerne le droit du travail.

J'éviterai de me placer sur le terrain des anti-vaccin ou pro-vaccin.

Je suis juriste et me contenterai de me placer sur un terrain que je maîtrise, le droit, la médecine étant pour moi inconnue.

Une disposition a particulièrement retenue mon attention tant elle porte atteinte au droit au respect de la vie privée du salarié, au secret médical et à la liberté de travailler.

L'article 1^{er} précise qu'il y a lieu de subordonner à la présentation d'un pass sanitaire (soit un justificatif de vaccination, soit un résultat négatif au test de dépistage virologique) l'accès à certains lieux, établissements et événements publics.

Il ajoute

« A défaut de présenter à leur employeur (établissement accueillant du public ERP notamment et bien d'autres, les établissements sont énumérés dans le texte) les documents mentionnés en 1° et 2° (soit le test soit justificatif de vaccination), les salariés ne peuvent plus exercer l'activité mentionnée à l'alinéa précédent. Le fait pour un salarié de ne plus pouvoir exercer pendant une période de plus de deux mois en application du présent alinéa justifie son licenciement ».

En résumé, un employeur pourra demander à un salarié de ne plus exercer son activité s'il ne présente pas son pass sanitaire.

S'il est absent pendant deux mois, son licenciement sera automatique et justifié, sur quel motif, le texte ne nous le dit pas, sur les réseaux sociaux il a été question d'un licenciement sui generis... Ce pourrait être aussi un licenciement pour absences désorganisant l'entreprise et l'obligeant à

pourvoir à titre définitif au poste du salarié absent.

Cet avant projet de loi interroge.

Le gouvernement, jusqu'ici était plutôt « mou » quant aux respects des mesures sanitaires au sein de l'entreprise.

Les gestes barrières, le télétravail, le port du masque, les sensibilisations à la vaccination ou au dépistage ne sont que des recommandations pas sanctionnables à moins que le règlement intérieur de l'entreprise ne le prévoit.

L'entreprise qui ne respectait pas ces recommandations ne risquait pas grand chose, il n'est pas certain que les contrôles de l'inspection du travail étaient si fréquents en l'absence de sanctions.

Les salariés quant à eux auraient pu agir contre le manquement de l'employeur de préserver leur santé et sécurité, mais comment pouvaient-ils prouver par exemple qu'ils ont contracté la Covid à leur travail et du fait du non respect par l'employeur de ces mesures de sécurité sanitaire ?

Alors qu'il aurait été sans doute judicieux de transformer ces recommandations en obligations, l'exécutif préfère préserver la sacro-sainte liberté d'entreprendre et sanctionner la partie la plus faible du contrat de travail : le salarié.

Si ce dernier ne justifie pas de son pass sanitaire, il ne pourra pas exercer son activité et s'il persiste dans son refus de se soumettre aux tests virologiques (qui seront bientôt payants) ou de se faire vacciner et que son absence est d'une durée de deux mois, la porte sera grande ouverte.

L'employeur n'aura même pas à justifier d'un quelconque motif, il lui suffira d'écrire que le salarié ne pouvait pas exercer son activité puisqu'il ne justifiait pas d'un test négatif ou encore d'être vacciné et qu'il était absent durant deux mois.

Ce texte est critiquable :

- Il fait peser sur les acteurs privés (employeurs) la charge d'un contrôle qui devrait être public et réservé à l'Etat. L'employeur a un pouvoir de direction sur ses salariés, il n'a pas de pouvoir de police, cette fonction devant être réservée à des personnes habilitées ;

- Il porte atteinte à la liberté de travail du salarié, de quel droit empêche-t-on le salarié de travailler au motif qu'il ne présente pas son pass sanitaire ? Il existe des « atteintes » à la liberté de travailler qui sont l'insertion par exemple d'une clause de non-concurrence dans un contrat de travail, encore faut-il pour qu'elle soit valide qu'elle soit limitée dans l'espace, dans le temps et que le salarié bénéficie d'une contrepartie financière puisqu'il est empêché de travailler. Se pose la question de la rémunération du salarié en arrêt d'activité car il ne présente pas son pass sanitaire.

Les employeurs seront confrontés à des situations ubuesques : ils diront aux salariés de ne plus travailler et devront les rémunérer un peu comme le préavis non travaillé puisque ce ne sont pas les salariés qui sont à l'initiative de cet arrêt d'activité. L'impossibilité d'exercer son activité n'est pas prévue par le code du travail. Non seulement les employeurs seront des policiers bénévoles mais en plus ils devront payer des salariés à rien faire, ils seront sans doute très coopératifs, n'en doutons pas. Cet arrêt d'activité pourrait être considéré comme une suspension du contrat de travail, et l'employeur pourrait ne pas payer les salariés réfractaires, comme pour une suspension due à un arrêt de travail...,

- Il porte atteinte aussi au droit au respect de la vie privée du salarié et au secret médical.

Rappelons que le salarié a droit au respect de sa vie privée, et que toute atteinte à ce droit doit être proportionnée au but recherché. La CEDH a pu juger que l'ingérence dans la vie privée en obligeant à la vaccination était justifiée par un objectif légitime de santé public [Voir arrêt CEDH 8 avril 2021 Vavricka contre République Tchèque et plus particulièrement son commentaire : Questions réponses].

Dans cette espèce, il n'était pas question de Covid et il s'agissait de la vaccination obligatoire des enfants. Aussi, il n'est pas certain que l'on puisse estimer que l'atteinte à la vie privée du salarié est proportionnée au but recherché puisqu'il existe d'autres possibilités d'atteindre ce but de santé publique notamment en transformant par exemple les recommandations de sécurité sanitaire en obligations.

L'employeur est tenu de respecter la réglementation relative aux données personnelles (RGPD), il ne peut collecter des données de santé du salarié (article 9 du RGPD). Or, en sollicitant ces justificatifs, il récolte ces données personnelles.

Pour finir, le secret médical est gravement atteint. Dans le cadre des protocoles sanitaires, il a été rappelé que l'employeur ne devait pas porter atteinte au secret médical, notamment lorsque le salarié se soumettait volontairement à un test de dépistage, l'employeur ne pouvait pas lui demander le résultat de ce test. Le salarié était responsabilisé, la confiance était la règle, il était bien entendu invité à s'isoler s'il était positif.

Avec ce texte (**qui n'a pas encore été adopté et qui doit subir le contrôle du Conseil d'Etat et certainement du Conseil Constitutionnel, il est utile de le rappeler**), on se moque du secret médical, l'employeur pourra sans problème avoir connaissance de la santé du salarié, de son état de vaccination. C'est inquiétant. S'il est dérogé ainsi au secret médical, qu'est ce qui empêchera un employeur de demander à son salarié le résultat de son check-up annuel pour bien vérifier qu'il est en bonne santé et qu'il continuera à se donner corps et âme ?

En conclusion, vous l'avez compris, cet avant projet de loi est dangereux et inquiétant. Il est déplorable que l'Etat transfère sur des personnes privées le contrôle sanitaire qu'il devrait exercer. Pourquoi n'avoir pas mis en place une obligation vaccinale générale assortie de contrôles et de sanctions ? On me répondra parce que les sanctions sont difficiles à mettre en œuvre ... Je ne le pense pas.

On aurait pu envisager des sanctions pécuniaires pour les citoyens imposables, telle qu'une augmentation d'impôt ou une amende si le pass vaccinal n'est pas présenté sur le site impots.gouv.fr et pour ceux qui sont plus « précaires », un accompagnement social vers une vaccination en utilisant la pédagogie.

Au lieu de mettre en place une obligation vaccinale pour tous qui politiquement serait impopulaire on préfère un tour de « pass pass » en mettant en place cette obligation indirectement au prix d'atteintes graves aux libertés et aux droits fondamentaux.

Michèle BAUER

Avocate à la Cour

Généraliste, titulaire d'un certificat de spécialisation en droit du travail

Blog : <http://michelebaueravocatbordeaux.fr>

contact avocatbauer.fr

P.-S.

• 1^{re} Parution : 19 juillet 2021 :

<https://www.village-justice.com/articles/pass-sanitaire-licencier-analyse,39716.html>