

REAGIR AUX CONSEQUENCES DU PASS SANITAIRE & A L'OBLIGATION VACCINALE

REPERES

La loi du 5 août 2021 et le décret du 7 août ont imposé pour certains salariés l'obligation vaccinale ou celle de présenter un pass sanitaire. Le Ministère est venu ensuite apporter des précisions dans un question réponse, **qui n'a pas valeur légale, mais constitue uniquement un simple avis du Ministère.**

 **Attention, même si certaines règles se recoupent, elles sont en partie différentes pour chacune des situations. Il faut donc bien distinguer les deux cas.**

LES SALARIES CONCERNES

L'application de l'obligation vaccinale et la présentation d'un pass sanitaire dépend dans la grande majorité des cas **du lieu d'exercice de l'activité.**

Cela ne dépend donc pas de l'employeur, ni de l'activité exercée, mais bien du lieu du travail. Egalement, peu importe le contrat de travail : apprentis¹, CDD, intérimaires : tous ceux qui interviennent sur le site en question sont concernés (et y compris les bénévoles, les autoentrepreneurs, etc.). Par contre, les salariés en activité partielle totale ayant leur contrat suspendu ne sont pas concernés.

Il y a deux situations à différencier : les salariés concernés par l'obligation vaccinale et ceux concernés par l'obligation de présenter un pass sanitaire :

1. Les salariés qui interviennent dans les lieux suivants sont concernés par **l'obligation vaccinale** :

- Les salariés intervenants dans des lieux de santé et de soins
- Les salariés employés par un particulier bénéficiaire de l'APA ou de la PCH
- Les salariés de la CCN du médico technique (plus précisément : les prestataires de services et les distributeurs de matériels, y compris les dispositifs médicaux destinés à favoriser le retour à domicile et l'autonomie des personnes malades ou présentant une incapacité ou un handicap)

 **Attention, les salariés qui interviennent de manière ponctuelle** dans les locaux en questions ne sont pas concernés (le Ministère définit cela dans son question réponse comme des tâches très brèves, et non récurrentes comme la livraison).

¹ Le Ministère a précisé que « les alternants sont soumis à ces obligations au même titre que les autres salariés et qu'ils s'exposent à la suspension de leur contrat de travail en cas de non-respect. Toutefois, leur formation en CFA se poursuit et continue d'être financée par les Opco »

2. Les salariés qui interviennent dans les lieux suivants sont concernés par **le pass sanitaire** :



Attention, certains salariés ne sont pas concernés, il s'agit de ceux dont l'activité se déroule :

>>> **Dans des espaces non accessibles au public**

A noter que selon nous des salariés qui ne travaillent par exemple uniquement en cuisine pourraient éventuellement ne pas être concernés, notamment s'il n'y a pas d'accès au public.

>>> **Ou en dehors des horaires d'ouverture au public**

L'entrée en vigueur est prévue **le 30 août**, sauf pour les salariés mineurs, cela est décalé au **30 septembre**.

Les lieux concernés sont les suivants² :

- Les bars, restaurants, activité de restauration des hôtels et des établissements flottants

Sont exclus : la restauration collective, la vente à emporter de plats préparés et la restauration professionnelle routières et ferroviaire, le service d'étage des restaurants et bars d'hôtels, et la restauration non commerciale comme la distribution gratuite de repas. Ne sont pas concernés : les hôtels en dehors des activités de restauration.

- Les magasins et centres commerciaux dont la surface commerciale est supérieure à 20 000 m²

Sont exclus : tous les magasins qui ne sont pas dans un centre commercial de cette taille ou les centres commerciaux qui ne sont pas de cette taille, les commerces de biens et services de premières nécessités (alimentaire, pharmacie).

- Les activités et établissements festifs, de loisirs, culturels et sportifs tels que : les salles de jeux, les casinos, parcs zoologiques, parcs d'attractions et cirques, fêtes foraines de plus de 30 stands ou attractions, chapiteaux, tentes et structures, navires et bateaux de croisière avec restauration ou hébergement, les foires et salons, les salles d'auditions, de conférences, de réunions, de concert et de spectacle, les cinémas, musées, les festivals, les événements sportifs amateurs en plein air et clos et couverts, les établissements de plein air, les conservatoires lorsqu'ils accueillent des spectateurs (sauf pour la pratique professionnelle), tout événement culturel, sportif, ludique ou festif organisé dans l'espace public ou dans un lieu ouvert au public susceptible de donner lieu à un contrôle de l'accès des personnes, les bibliothèques (sauf universitaires et spécialisées)
- Les séminaires de plus de 50 personnes organisés en dehors des établissements d'exercice de l'activité habituelle
- Les déplacements de longue distance par transport public

² La liste complète est fixée à l'article 47 – 1 du décret du 1^{er} juin modifié par décret du 8 août à lire ici : https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000043801219/2021-08-19/ et dans le question réponse du Ministère ici : https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/gr_grand-public-obligation-vaccinale.pdf

Repères :

>> **Toutes les enseignes du commerce – hors alimentaire - peuvent être potentiellement concernés en partie** : pour les magasins éventuels situés des centres commerciaux concernés.

>> **Les salariés de la propreté, de la prévention sécurité et de la restauration collective** qui interviennent sur chacun des lieux ci-dessus sont concernés sauf s'ils interviennent en dehors des horaires d'ouverture au public **ou dans des espaces non accessibles au public**

>> Les hôtels et hébergements de vacances ne sont pas concernés, sauf s'il y a des accès à des infrastructures type piscine ou restaurants attachés

Les infos en plus :

Le pass sanitaire et l'obligation vaccinale ont-ils une conséquence sur l'obligation de port du masque ? L'obligation de port de masque n'est plus systématique pour les personnes ayant accédé aux établissements, lieux et services soumis au pass sanitaire. Mais, le préfet ou l'exploitant / organisateur peuvent maintenir l'obligation du port du masque. Attention, si le masque n'est plus obligatoire, la règle ne pourra être applicable aux salariés qu'à compter du 30 août, date à laquelle ils sont soumis à l'obligation de présenter le pass sanitaire.

Un employeur peut-il imposer un pass sanitaire dans un cas où la loi ne l'impose pas dans son cas ? Non, cela est même pénalement sanctionné.

QUELLE INTERVENTION DU CSE ?

Il y a bien **information consultation du CSE** sur la mise en place du pass sanitaire/obligation vaccinale et du contrôle éventuel pour les clients/participants.

>>> Des délais dérogatoires ont été prévus :

1. **Obligation d'informer sans délai et par tout moyen le CSE des mesures**
2. L'employeur dispose ensuite **d'un délai d'un mois** pour recueillir l'avis du CSE (à compter de l'information faite), qui peut donc intervenir après que les mesures soient déjà en place.

Conseil CFDT Services : l'employeur est tenu d'informer le CSE **sans délai** et par tout moyen des mesures de contrôle des pass sanitaires, il faut le rappeler aux entreprises qui ne l'ont pas fait et demander l'ensemble des informations immédiatement par exemple en fonction des entreprises et situations : comment sont mis en place les contrôles et les habilitations ? Quels salariés sont concernés et combien ? Comment sont-ils informés ? Y a-t-il une modification des contrats ? etc. N'hésitez pas à contacter vos interlocuteurs fédéraux.

FOCUS SUR LES PROBLEMATIQUES A SOULEVER PAR LES IRP

1. LA MISE EN PLACE DU CONTROLE DES PASS SANITAIRES POUR LES CLIENTS / PARTICIPANTS :

L'ajout d'une mission de contrôle des pass sanitaires va avoir de nombreuses conséquences pour les salariés et pour l'organisation du travail : surcharge de travail, risques de difficultés avec les clients / participants / patients, etc.

L'employeur doit informer et consulter le CSE sur l'organisation de ces contrôles (voir page précédente) mais aussi prendre en compte les nouveaux risques et des mesures pour y palier (mise à jour du DUER).

En détail : que disent les dispositions légales ?



Qui peut contrôler les pass sanitaires ?

Les responsables des lieux et établissements ou les organisateurs des événements sont responsables du contrôle des pass sanitaires, ils peuvent également habilitier des personnes pour le faire pour leur compte.

Les responsables doivent :

>>> **Habilitier nommément** les personnes autorisées à contrôler les justificatifs pour leur compte.

>>> **tenir un registre** détaillant les personnes habilitées, la date de leur habilitation et les jours et horaires des contrôles qu'ils effectuent

Comment se passe le contrôle ?

Via l'appli tousantiCovid Verif, sans conservation des données, et **sans vérification de pièces d'identité** (seuls les forces de l'ordre peuvent le faire).

Les personnes en charge du contrôle sont informées de leurs obligations en matière de protection des données, et ils doivent donner leur consentement via l'appli à ces obligations.

Le Ministère a précisé que selon lui, **les salariés ne peuvent pas être tenus d'utiliser leur portable personnel pour effectuer le contrôle**, bien que cela soit possible avec l'accord du salarié, mais sans que cela puisse entraîner des frais qui resteraient à sa charge³.

Le salarié peut-il refuser d'effectuer le contrôle ?

Le principe général est que les salariés sont tenus de se conformer aux missions demandées par l'employeur, sauf lorsqu'une nouvelle tâche constitue une modification du contrat de travail. En dehors de ce cas précis, en refusant, le salarié risque une sanction voire un licenciement.

Pour savoir si le salarié est obligé de contrôler le pass sanitaire, il faut regarder si cela entre dans ses missions habituelles ou prévues au contrat. Si oui, le salarié ne peut pas refuser.

Si non, il faut voir si la nouvelle mission constitue une modification du contrat (il peut alors refuser) ou un simple changement des conditions de travail (il ne peut pas refuser).

³ Question réponse du Ministère sur l'obligation vaccinale ou de détention d'un pass sanitaire pour certaines professions à lire ici : <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>

Il faut pour cela regarder l'ampleur du changement : si celui-ci est limité dans le temps, exceptionnel, et accessoire aux missions du salarié, et qu'il n'a pas d'impact sur la rémunération, alors il devrait s'imposer aux salariés et constituer un simple changement des conditions de travail (impossibilité de refuser).

A l'inverse, si la nouvelle mission n'est pas limitée dans le temps, correspond à l'ensemble ou à une grande partie du temps de travail du salarié et n'est pas exceptionnelle, alors, cela pourrait être qualifié de modification du contrat de travail et le salarié aurait ainsi la possibilité de refuser sans pouvoir être sanctionné pour ce refus.

Attention, à priori, le contrôle des pass sanitaires devrait être limité dans le temps, et présenterait un caractère exceptionnel, il y a donc des raisons de penser que cela pourrait être imposé de manière accessoire à certains salariés selon leurs missions. Néanmoins, comme évoqué, cela dépendra de chaque situation et de ce que souhaitera faire l'employeur.

N'hésitez pas à nous solliciter sur les situations précises qui seraient problématiques.

Conseil CFDT Services : demandez des informations précises sur l'organisation de ces missions et sur les conséquences pour les salariés mais également ensuite pensez à demander la mise en place d'un suivi de l'entrée en vigueur du contrôle : difficultés rencontrées, surcharge. Vous pouvez éventuellement utiliser les visites et inspections du CSE pour vous rendre sur place.

2. LES SALARIES QUI NE DISPOSENT PAS DE PASS SANITAIRES / DE VACCIN :

En résumé, que disent les dispositions légales ?



Non-respect de l'obligation vaccinale :

Le salarié ne peut plus exercer son activité : **suspension du contrat de travail sans salaire** (mais conserve seulement le bénéfice des garanties de protection sociale complémentaire auxquelles il a souscrit), sauf si le salarié utilise, avec l'accord de son employeur, des jours de repos conventionnels ou des jours de congés payés.

L'employeur **doit informer sans délai** le salarié des conséquences qu'emporte cette interdiction d'exercer son emploi ainsi que des moyens de régulariser sa situation.

Non-respect du pass sanitaire :

Le salarié ne peut plus exercer son activité : **suspension du contrat de travail sans salaire** (sans qu'il soit prévu le maintien des garanties de protection sociale complémentaire), sauf si le salarié utilise, avec l'accord de son employeur, des jours de repos conventionnels ou des jours de congés payés.

>> Lorsque la situation dure 3 jours, **l'employeur convoque le salarié pour un entretien afin d'examiner avec lui 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 l'obligation.

Plusieurs points posent des problématiques nouvelles et peuvent amener les représentants du personnel à avoir un rôle à jouer sur ces questions pour obtenir un meilleur encadrement dans l'entreprise de ces situations.

Par la voie de la négociation, et/ou des remontées via la CSE, il est possible d'attirer l'attention de l'employeur sur les problématiques et les revendications suivantes :

a. CONGES PAYES & JOURS DE REPOS CONVENTIONNELS :

Il s'agit de la possibilité pour le salarié qui ne respecte pas l'obligation vaccinale ou celle de présenter un pass sanitaire d'utiliser des jours de congés afin de ne pas avoir de perte de salaire.

Point d'attention : la loi précise qu'il faut l'accord de l'employeur pour que le salarié utilise des jours de congés payés/conventionnels. C'est le principe légal habituel.

L'employeur peut-il refuser les congés à un salarié dans ce cas précis ?

Avis CFDT Services : En principe, l'employeur devrait avoir la possibilité de refuser la prise des jours de congés. Pour les jours de repos type RTT ou jours de repos du forfait jours : il faut tout de même se référer à l'accord collectif ou la décision qui les met en place pour connaître les modalités de prise.

Mais, dans tous les cas, ici, un refus de l'employeur pourrait être critiquable dans la mesure où l'employeur ne pourrait pas arguer d'une désorganisation de l'entreprise qui découlerait des congés puisque même s'il refuse les jours de congés, le salarié ne pourra pas se rendre au travail. Néanmoins, strictement juridiquement, rien n'est prévu pour obliger l'employeur à accepter les congés payés et il n'a même pas à justifier des raisons d'un éventuel refus.

A noter que l'employeur ne devrait pas non plus pouvoir imposer aux salariés des congés dans une telle situation – c'est ce qu'indique d'ailleurs le Ministère dans son question réponse - puisqu'il est tenu de respecter un délai de prévenance d'un mois pour imposer des congés aux salariés.

Pistes de revendications >> Il est possible de demander – par accord / par décision unilatérale - à l'employeur d'acter son accord de principe pour les congés et jours de repos conventionnels pour tous les salariés placés dans cette situation.

b. L'ENTRETIEN AVEC LE SALARIE :

Il s'agit de l'entretien qui a lieu au bout de 3 jours de suspension du contrat.

Point d'attention : il n'est prévu que pour les salariés concernés par l'obligation de présentation d'un pass sanitaire. Pour les salariés concernés par l'obligation vaccinale, seule une obligation d'information est prévue, sans entretien. Dans les deux cas, **aucun encadrement et aucunes précisions ne sont prévus**. Le Ministère considère dans son question réponse qu'il faut privilégier un entretien en présentiel mais qu'en visioconférence cela est possible aussi.

Pistes de revendications >> Il est possible de demander à encadrer davantage cette procédure d'entretien, par exemple : prévoir l'entretien pour les salariés concernés par l'obligation vaccinale, prévoir les modalités de convocation, de délai, de tenue de l'entretien et la possibilité pour le salarié d'être accompagné par un représentant du personnel lors de l'entretien.

c. LA POSSIBILITE D'UNE NOUVELLE AFFECTATION :

L'entretien prévu pour le salarié qui ne respecte pas l'obligation de pass sanitaire est prévu afin d'examiner les moyens de régulariser la situation. Lors de cet entretien, la loi prévoit seulement que l'employeur doit examiner les moyens de régulariser la situation et notamment les possibilités d'affectations temporaires sur un autre poste non soumis à l'obligation de présenter un pass sanitaire, au sein de l'entreprise.

Point d'attention : La loi est rédigée de manière à ce que cette nouvelle affectation n'apparaisse pas nécessairement comme une obligation pour l'employeur. Egalement, cela ne s'applique que pour les salariés concernés par l'obligation de pass sanitaire et pas ceux concernés par l'obligation vaccinale. Aucun encadrement / précision ne sont prévus également si plusieurs salariés sont concernés ou si les postes ne sont pas au même niveau de qualification.

La loi crée de manière évidente pour l'employeur **l'obligation d'étudier les possibilités d'affectation sur un autre poste**. Mais, **est-ce pour autant une obligation pour l'employeur de proposer un autre poste si celui existe ?**

Avis CFDT Services : Nous tentons de dire que même si la loi ne le dit pas de cette façon, il faudrait interpréter le texte dans le sens d'une obligation pour l'employeur de proposer la nouvelle affectation, ce qui va dans le sens du Conseil constitutionnel qui a relevé dans sa décision du 5 août 2021 que « s'il s'agit d'un salarié, cet autre poste **doit** être proposé au sein de l'entreprise » (paragraphe 85).

De son côté, si le Ministère dans son question réponse voit la nouvelle affectation comme une simple faculté, il souligne tout de même que « même s'il ne s'agit pas d'une obligation, tout doit être mis en œuvre pour régulariser la situation et, en cas de contentieux, la recherche d'affectation sera un des éléments que le juge pourra prendre en compte ».

Dès lors, selon nous, si des possibilités d'affectation sur un autre poste au sein de l'entreprise existe, il peut être discuté le fait que l'employeur soit tenu de les proposer aux salariés concernés, ou à tout le moins, il sera risqué / critiquable pour l'employeur de ne pas proposer les postes en question.

Pistes de revendications >> demander d'encadrer les différentes situations par une procédure prévoyant systématiquement la recherche systématique d'un nouveau poste et les différents critères d'accessibilité : comment sont proposés les postes, dans quelles conditions cela a lieu (pensez à prévoir un écrit dans tous les cas), pour quelle durée, quelle organisation du travail, quelle rémunération, comment se passe la fin de l'affectation temporaire : réaffectation au même poste, etc. Si l'entreprise est concernée, pensez à demander à ce que cela soit ouvert aussi aux salariés concernés par l'obligation vaccinale.

d. LES SALARIES QUI VONT VOULOIR QUITTER L'ENTREPRISE :

Il s'agit des salariés qui refuseraient totalement de se vacciner ou de présenter un pass sanitaire et qui voudraient changer de poste pour cette raison.

Point d'attention : le salarié qui ne respecte pas les obligations auxquelles il est soumis se verra privé de salaire, et n'aura pas droit aux allocations chômage, puisque son contrat de travail n'est pas rompu. Le licenciement n'est plus prévu par les dispositions légales. Il faut souligner qu'en cas de démission, cela n'ouvrira pas le droit non plus aux allocations chômage.

A noter enfin que pour les salariés concernés par l'obligation vaccinale, celle-ci n'est pas limitée dans le temps, alors que pour les salariés concernés par l'obligation de pass sanitaire, cela dure – à ce jour – jusqu'au 15 novembre 2021. Certains salariés pourraient donc vouloir quitter leur emploi.

Pistes de revendications >> demandez à être informé des situations de ce type et de la position de l'employeur (par exemple sur les ruptures conventionnelles) sur ces cas notamment afin de garantir une égalité de traitement des salariés placés dans la même situation.

La question en suspens : le licenciement est-il légalement possible ?

Le projet de loi avait initialement prévu le licenciement au bout de 2 mois des salariés dont le contrat reste suspendu du fait de l'absence de pass sanitaire ou de respect de l'obligation vaccinale. La version définitive du projet ne le prévoit plus, et la rupture du CDD a été invalidé par le Conseil constitutionnel. Les dispositions légales définitives ne le prévoient donc plus.

Mais la jurisprudence habituelle admet le licenciement d'un salarié en arrêt maladie en raison **des perturbations causées dans le fonctionnement de l'entreprise** par l'absence prolongée et si elle rend nécessaire **le remplacement définitif de l'intéressé**. Il n'est pas exclu que si l'entreprise peut justifier de cela, elle puisse licencier le salarié en question. Néanmoins, les conditions sont strictes car il faut démontrer que le remplacement du salarié nécessite un remplacement définitif à savoir en CDI (et donc qu'un CDD n'est pas possible par exemple).

e. L'EXERCICE DES MANDATS :

En l'absence de pass sanitaire ou de respect de l'obligation vaccinale, **le mandat n'est pas suspendu**, le question réponse du Ministère l'a d'ailleurs souligné. **Le mandaté/l'élu peut continuer à exercer ces missions.**

Par contre, se pose **la question de l'accès à certains lieux** soumis à l'obligation de présentation du pass sanitaire ou du vaccin :

>>> **Pour les lieux soumis à l'obligation vaccinale** : les tâches ponctuelles n'étant pas soumises, si la mission en question du mandaté s'inscrit dans cette logique, il pourrait y accéder pour ce type de tâche. Par exemple le Ministère considère que le conseiller du salarié peut assister à un entretien sans vaccin puisque cela est ponctuel – mais tout en conseillant que cela se déroule dans un lieu non accessible au public.

>>> **Pour les lieux soumis à l'obligation de présentation d'un pass sanitaire** : le mandaté devra en principe fournir le pass sanitaire car la loi ne prévoit pas d'exception pour les missions ponctuelles comme c'est le cas pour l'obligation vaccinale. Par contre, une exception est prévue s'il intervient dans des espaces non accessibles au public ou en dehors des horaires d'ouverture au public : dans ces cas, le mandaté peut accéder aux lieux sans pass sanitaire.

A noter que pour ce qui concerne **l'exercice du dialogue social**, le Ministère a précisé dans son question réponse que « *l'employeur peut aménager les modalités d'exercice du dialogue social, notamment en facilitant les accès à distance* ».

L'avis CFDT Services : attention aux réunions de négociation qui mélangeraient le présentiel et le distanciel pour les participants à une même réunion de négociation, à ce stade, cela ne nous paraît pas sécurisé juridiquement car elles ne placent pas les négociateurs dans la même situation.

Pistes de revendications >> demandez à encadrer et se mettre d'accord sur les modalités d'exercice du dialogue social pendant la période: quelles possibilités de visioconférence, quelles modalités, etc.