Vaccination contre la covid-19 en entreprise : comment encourager les salariés à se faire vacciner tout en respectant le secret médical et la vie privée ?

Le retour en présentiel des salariés avec la fin du télétravail à 100% depuis le 9 juin et l'ouverture de la vaccination contre la Covid-19 à toutes les personnes de plus de 18 ans depuis le 31 mai dernier pouvait légitimement conduire les employeurs à s'interroger sur la possibilité d'exiger de leurs salariés qu'ils se fassent vacciner et qu'ils apportent une preuve de cette vaccination.

Cette question engendre de nombreuses interrogations, notamment en termes de droit du travail et protection des données personnelles, car il implique la collecte de données de santé, qui sont des données sensibles au sens du RGPD, lequel en interdit par principe le traitement.

- **L'employeur peut-il imposer à ses salariés de se faire vacciner contre la Covid-19 ?**

Le principe est que la vaccination peut uniquement être imposée pour certains vaccins aux salariés de certaines entreprises, agissant notamment dans le secteur de la santé ou de prise en charge des personnes âgées (articles L. 3111-4 et L. 3112-1 du Code de la santé publique).

La liste des vaccins rendus obligatoires est limitative (hépatite B, diphtérie, tétanos, poliomyélite, grippe), et à date, le vaccin contre la Covid-19 n'est pas obligatoire.

Seule une loi pourrait imposer une telle vaccination aux salariés.

Le caractère facultatif du vaccin emporte plusieurs conséquences, à savoir, notamment :

- l'employeur ne peut exiger d'un salarié qu'il se fasse vacciner,
- l'employeur ne peut tirer des conséquences de la vaccination ou non des salariés, ce qui serait discriminatoire.

Aussi, il ne peut pas faire de la vaccination une condition de retour au travail en présentiel, en raison du risque encouru.

Il ne peut pas non plus en faire une condition de la poursuite du contrat de travail.

En effet, en l'état actuel de la réglementation, le respect du protocole sanitaire en entreprise fixant les mesures de prévention à mettre en oeuvre (masque, distanciation sociale, etc.) est considéré comme offrant une protection suffisante des salariés.

De même et en l'état de la réglementation, l'employeur ne peut pas davantage prononcer de sanction disciplinaire contre un salarié ayant refusé de se faire vacciner, ni prendre une décision d'inaptitude sur ce seul motif.

En revanche, il est possible pour l'employeur de recommander la vaccination aux salariés.

Pour rappel, il en est de même concernant les tests de dépistage (PCR, antigéniques, …).

A ce jour, la dernière version du protocole sanitaire en date du 9 juin 2021 publiée par le ministère du Travail confirme qu'au-delà des campagnes de dépistage organisées par les autorités sanitaires, auxquelles les entreprises peuvent participer, les employeurs peuvent, dans le respect des conditions réglementaires, et à leur charge, proposer à ceux de leurs salariés qui sont volontaires, des actions de dépistage.

Mais cela reste strictement facultatif pour les salariés.

- **L'employeur peut-il demander à ses salariés s'ils ont été vaccinés et opérer un traitement de ces données ?**

Si les employeurs sont soumis à une obligation de sécurité à l'égard de leurs employés, ils ne sauraient prendre à ce titre des mesures susceptibles de porter une atteinte disproportionnée à la vie privée des personnes concernées.

Le Gouvernement, notamment par le biais de la dernière version du protocole sanitaire en date du 9 juin 2021, et la CNIL portent une attention particulière au respect de la vie privée des salariés et au secret médical pour toutes les actions de prévention menées en entreprise dans le cadre de la crise sanitaire de la Covid-19.

Le ministère du Travail, dans le « questions-réponses » mis en ligne le 25 février 2021, et mis à jour régulièrement, rappelle que *« tout est mis en œuvre pour le respect de la confidentialité des vaccinations vis-à-vis des employeurs. […] Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris ».*

Plus précisément, le ministère rappelle très clairement que l'employeur ne peut être destinataire d'aucune information sur le statut vaccinal du salarié, ni sur son acceptation ou son refus de la vaccination.

Pour sa part, la CNIL n'a pas encore émis de directive relative au sujet précis du traitement des données de vaccination des salariés par l'employeur.

Cependant, alors que certaines entreprises exprimaient le souhait, dans une logique de protection de leurs employés, de pouvoir apprécier leur exposition au virus ou leur état de santé au moment de la reprise du travail, la CNIL a rappelé que *« seuls les personnels de santé compétents (notamment la médecine du travail) peuvent collecter, mettre en oeuvre ou accéder à d'éventuels fiches ou questionnaires médicaux auprès des employés/agents contenant des données relatives à leur état de santé ».*

De la même manière, la CNIL a considéré que l'employeur ne peut pas procéder à des relevés de températures des salariés dès lors qu'ils seraient enregistrés dans un traitement automatisé ou dans un registre papier.

En outre, l'employeur ne peut posséder lui-même des informations médicales sur le personnel, relatives notamment aux résultats des tests médicaux, sérologiques ou de dépistage de la Covid-19.

Il ne pourra recevoir que d'éventuels avis d'aptitude ou d'inaptitude à reprendre le travail émis par les professionnels de santé.

L'obligation de sécurité de l'employeur vis-à-vis de ses salariés est donc limitée à l'élaboration de mesures de prévention (mesures de protection collective, rappel des mesures barrières, etc.) et à la mise en place de mesures individuelles seulement dans l'hypothèse où un salarié signalerait qu'il a pu être exposé ou exposer ses collègues au virus.

La collecte de données relatives à la vaccination des salariés irait donc, en l'état de la réglementation, au-delà de l'obligation de sécurité de l'employeur.