



Déconfinement : comment concilier contrôle sanitaire et respect de la vie privée ?



Élisabeth LAHERRE
Avocate associée
Coblençe Avocats

Le DRH doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé de ses salariés, notamment en mettant en place les mesures de prévention nécessaires ⁽¹⁾.

Depuis 2015, la Cour de cassation considère néanmoins qu'il n'est plus tenu, en la matière, à une obligation de résultat, mais seulement de moyen renforcée ⁽²⁾.

Concernant le Covid-19, le DRH doit tout mettre en œuvre pour éviter que les salariés soient, à l'occasion de leur travail, contaminés par des collègues ou des tiers.

Pour ce faire, outre notamment l'aménagement des postes de travail, la mise à disposition de protections individuelles et la fixation de consignes strictes à res-

La santé et la sécurité des salariés ont un prix qui conduit, en période d'urgence sanitaire, à empiéter sur leurs libertés fondamentales. Comment procéder pour rester dans les clous ?

pecter, le plus simple est bien évidemment d'éviter que des porteurs du virus ne se rendent sur leur lieu de travail et le propagent parmi le personnel de l'entreprise.

Mais comment identifier ces derniers ?

La tentation est forte de subordonner l'accès aux locaux et la possibilité de travailler à un contrôle de l'état de santé de la totalité du personnel.

Il faudrait dès lors pouvoir prendre la température du salarié, lui faire passer des tests de dépistage, exiger de lui qu'il remplisse un questionnaire médical et enfin subordonner sa prise de poste à la communication de ces éléments. Or, le droit à la protection de la vie privée du salarié interdit au DRH de collecter des données relatives à son état de santé.

Face à ces injonctions contradictoires, que peut-il faire ?

(1) C. trav., art. L. 4121-1.

(2) Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-24.444.



CADRE LÉGAL

La collecte et le traitement de données personnelles de santé sont interdits par le RGPD et par la loi Informatique et libertés, car ce sont des informations sensibles.

L'article 9 du RGPD en prohibe le traitement, sauf si la personne concernée a donné son consentement explicite et dans un certain nombre de circonstances auxquelles l'épidémie de Covid-19 est difficilement rattachable.

Ces données personnelles sont protégées par le droit au respect de la vie privée.

L'article L. 1221-1 du Code du travail dispose que « *nul ne peut apporter aux droits et aux libertés individuelles de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche et proportionnée au but recherché* ».

La pandémie actuelle justifie-t-elle, en ce domaine particulièrement sensible, des restrictions à ce droit fondamental ?

PRISE DE TEMPÉRATURE

Usage strictement règlementé

La possibilité de contrôler la température des salariés à l'entrée des locaux crée la polémique.

Le DRH peut sans difficulté demander au salarié :

- de prendre sa température chez lui ;
- de vérifier s'il présente des symptômes proches de ceux ressentis par les personnes atteintes du Covid-19 ;
- de se signaler et de ne pas venir au bureau s'il pressent des indices de contamination (en l'invitant à contacter son médecin traitant ou le 15).

Toutefois, la Cnil ⁽³⁾ prohibe la collecte généralisée de relevés de température et notamment ceux obligatoires « *de chaque employé / agent / visiteur à adresser quotidiennement à sa hiérarchie* ».

Elle rappelait, le 10 mars dernier, que les entreprises ne pouvaient pas « *prendre de mesures susceptibles de porter atteinte au respect de la vie privée* » de

leurs employés et qu'elles ne pouvaient pas collecter de données qui iraient au-delà de la gestion des suspicions d'exposition.

On peut en déduire, *a contrario*, que la collecte de données **justifiée par la suspicion d'exposition** n'est pas interdite, sous réserve du respect des principes généraux relatifs à leur collecte et à leur traitement : finalité, pertinence et proportionnalité, conservation, sécurité et confidentialité, droits des personnes.

De son côté, le ministère du Travail, dans son protocole de déconfinement mis en ligne début mai sur son site (et constamment actualisé) ⁽⁴⁾, déconseille la prise de température à l'entrée des locaux, mais recommande « *à toute personne de mesurer elle-même sa température en cas de sensation de fièvre et plus généralement d'auto-surveiller l'apparition de symptômes évocateurs du Covid-19* ». Il indique que ce relevé à l'entrée des locaux n'est pas nécessairement pertinent, dans la mesure où il existe des porteurs sains et où le Coronavirus n'est pas automatiquement associé à de la fièvre. Il ajoute que si cette prise de température est mise en place, ce ne peut être qu'une mesure parmi d'autres et sous condition de respect :

- des règles de proportionnalité ;
- d'information préalable ;
- d'absence de conservation des données ;
- et de respect de la dignité du salarié.

Ainsi, le guide des bonnes pratiques du secteur du transport routier de marchandises, agréé par le ministère du Travail, suggère pour l'ensemble des salariés une prise de température sans contact « *si le salarié y consent et quand les conditions sont remplies [sans plus de précisions]* ».

Le guide de plan de continuité de la filière bois et ameublement évoquait dans sa version du 27 mars 2020 validée le 10 avril, sans la préconiser, cette possibilité, sous réserve de l'aval du service santé au travail et sans enregistrement des données. Le guide de l'UIMM adopte la même position.

Cette prise de température est donc possible, mais sous conditions.

⁽⁴⁾ <https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/protocole-national-de-deconfinement.pdf>.

⁽³⁾ CNIL, Communiqué du 6 mars 2020.



Règles à respecter

Les règles à respecter sont les suivantes :

- tous les dispositifs utilisés doivent être sans contact pour éviter le risque de contamination. Il faut donc utiliser un thermomètre infrarouge ou une caméra thermique ;
- la prise de température doit être faite dans des conditions préservant la dignité des salariés ;
- les données récoltées ne doivent pas être enregistrées ;
- le dispositif de contrôle à l'entrée doit être mis en place avec l'aval des services de santé au travail, du DPO (délégué à la protection des données) et du CSE (ce qui permettra de contrer les critiques relatives à la pertinence et à la proportionnalité du dispositif) ;
- le CSE doit par ailleurs être consulté sur les modalités de mise en place de ce dispositif. Il conviendra de définir à cette occasion la norme de température admise, de préciser le processus applicable si celle-ci est dépassée, et de déterminer la procédure à suivre en cas de refus de prise de température par un salarié ;
- s'agissant d'une mesure de prévention destinée à répondre partiellement au risque de contamination au Covid-19, elle doit être transcrite dans le DUER ;
- ces mesures de contrôle doivent enfin figurer dans une note de service (valant adjonction au règlement intérieur), étant entendu que, s'agissant de mesures d'urgence en matière de santé et de sécurité, elles sont applicables immédiatement après information du secrétaire du CSE et de l'inspection du travail ⁽⁵⁾. Ainsi annexée au règlement intérieur, cette note de service doit être affichée et diffusée, le cas échéant également sur l'intranet de l'entreprise, et les salariés doivent être informés de leur droit de refuser cette prise de température et du fait que ces données ne seront pas conservées.

Quid en cas de refus du salarié de s'y soumettre ?

Faculté de renvoyer le récalcitrant chez lui ou de le diriger vers le médecin du travail

S'agissant d'une mesure de prévention, l'employeur est en droit de refuser au salarié récalcitrant l'accès

aux locaux tant que sa température n'a pas été vérifiée.

Dans cette hypothèse, il convient alors, selon le ministère du Travail ⁽⁶⁾, de lui maintenir le salaire correspondant à la journée de travail qu'il a perdue.

Il est également possible d'adresser l'intéressé au médecin du travail.

Remarque

Depuis l'ordonnance du 1^{er} avril 2020 ⁽⁷⁾, suivie du décret du 11 mai 2020 ⁽⁸⁾, ce dernier peut en effet prescrire des arrêts de travail pour les salariés des établissements dont il a la charge, atteints ou suspects d'infection au Covid-19 ou faisant l'objet des mesures d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile. Notons toutefois qu'en l'état actuel des textes et au jour où sont écrites ces lignes ⁽⁹⁾, une telle prescription n'est possible que sur une durée s'étendant du 13 au 31 mai 2020.

Le refus du salarié de se rendre aux services de santé au travail, alors qu'il lui est demandé de le faire, constitue une faute qui est sanctionnable.

Refus non sanctionnable

En revanche, le refus du contrôle de la température à l'entrée des locaux n'est pas sanctionnable. L'intéressé peut parfaitement préférer prendre sa température chez lui plutôt que d'être testé en arrivant dans l'entreprise. Il peut aussi décider de ne pas la prendre s'il n'a pas de sensations de fièvre, **mais il doit s'assurer de l'absence de symptômes avant d'entrer dans les locaux s'il lui est demandé de le faire afin de limiter le risque de contamination.**

Cet autodiagnostic est présenté comme une recommandation à l'égard de tout un chacun par le ministère du Travail, et l'employeur ne peut pas exiger qu'il se fasse sous une forme particulière.

(5) C. trav., art. L. 1321-5, al. 2.

(6) <https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/protocole-national-de-deconfinement.pdf>.

(7) Ord. n° 2020-386, 1^{er} avr. 2020, adaptant les conditions d'exercice des missions des services de santé au travail à l'urgence sanitaire et modifiant le régime des demandes préalables d'autorisation d'activité partielle.

(8) D. n° 2020-549, 11 mai 2020, fixant les conditions temporaires de prescription et de renouvellement des arrêts de travail par le médecin du travail.

(9) Au 20 mai 2020.



CONTRÔLE DE TEMPÉRATURE / TEST SALIVAIRE : QUELLE DIFFÉRENCE ?

La comparaison avec les tests salivaires est inopérante. En effet, leur utilisation n'a été validée par le Conseil d'État ⁽¹⁰⁾ que lorsqu'ils permettent simplement de savoir si le salarié a consommé de la drogue, mais ne conduit pas à collecter une donnée médicale, ni à pratiquer un acte médical.

Le Conseil d'État a donc jugé licites les dispositions d'un règlement intérieur qui autorisait le recours à ces tests en prévoyant que le salarié s'exposait à une sanction s'il se révélait positif.

Ces contrôles avaient en effet pour **seul objet**, par une lecture instantanée, de vérifier l'existence d'une consommation de produits stupéfiants et ne constituaient donc pas un examen de biologie médicale nécessitant d'être pratiqué par un expert en la matière. Ils ne nécessitaient pas davantage l'intervention du médecin du travail, puisqu'il ne s'agissait pas de vérifier l'aptitude du salarié. Ils pouvaient donc être pratiqués par l'employeur ou un supérieur hiérarchique tenus de respecter le secret professionnel.

Le Conseil d'État ajoutait qu'il s'agissait au surplus de contrôles aléatoires sur des postes dits hypersensibles pour lesquels l'emprise de la drogue constituait un danger particulièrement élevé pour les salariés et pour les tiers.

Enfin, le règlement intérieur prévoyait la possibilité d'une contre-expertise, si le test s'avérait positif.

Une différence fondamentale existe donc entre ces tests salivaires et la prise de température, puisque les uns ont pour objet de **contrôler l'existence d'une consommation de drogues** et les autres **l'état de santé** du salarié.

Il n'est donc pas possible d'**imposer** ces contrôles de température à l'entrée des locaux, et cette mesure est à mettre en place avec beaucoup de précautions, de garanties, avec l'aval du médecin du travail et l'adhésion du CSE. ♦

AUTRES MESURES DE CONTRÔLE SANITAIRE ENVISAGEABLES

Tests de dépistage

La réponse du ministère du Travail est très claire ⁽¹¹⁾ : « *Les campagnes de dépistage organisées par les entreprises ne sont pas autorisées.* »

Il indique que seuls les tests virologiques, qui permettent de déterminer si la personne est porteuse du virus à un instant T, sont fiables pour confirmer le diagnostic Covid, mais que la réalisation de ces prélèvements est douloureuse, complexe logistiquement et doit être réalisée par des personnels formés.

L'ordonnance du 1^{er} avril 2020 ⁽¹²⁾ prévoit certes que ces tests peuvent être réalisés par le médecin du travail, mais cette disposition est soumise à la publication d'un arrêté non encore paru à ce jour ⁽¹³⁾.

Dès qu'il le sera, le médecin du travail pourra donc être amené à prescrire ou réaliser ce test en cas de suspicion de Covid-19. Effectué dans l'intérêt du salarié, son résultat, couvert par le secret médical, ne

pourra en outre pas être communiqué à l'entreprise, même si le médecin du travail peut dès maintenant écarter le salarié de la communauté de travail en lui prescrivant un arrêt de travail, ou en le renvoyant vers son médecin traitant pour y procéder.

Questionnaires de santé

Il est certain que le DRH ne peut pas exiger d'un salarié la remise d'un questionnaire évaluant son état de santé.

Il ne peut donc ni recueillir ces fiches, ni les enregistrer.

C'est ce que rappelle la Cnil dans sa réponse du 6 mars dernier : « *Il n'est pas possible de mettre en œuvre la collecte de fiches ou questionnaire médicaux auprès de l'ensemble des employés.* » Cet enregistrement ne peut être fait que par du personnel de santé.

En revanche, le DRH peut demander aux salariés de remplir ces fiches pour faire un autodiagnostic et, dans l'hypothèse où il en résulterait une suspicion de Covid-19, leur demander de ne pas se présenter sur le lieu de travail, d'appeler le 15, le médecin traitant ou le médecin du travail.

Mais le fait de ne pas remplir ce questionnaire n'est pas fautif.

(10) CE, 5 déc. 2016, n° 394178.

(11) <https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/protocole-national-de-deconfinement.pdf>.

(12) Ord. n° 2020-386, précitée.

(13) Au 20 mai 2020.



Remarque

Le médecin du travail peut également décider en accord (ou non) avec l'employeur de diffuser ces questionnaires et de les récupérer aux fins de traitement. La Cnil rappelle en effet que les « données de santé peuvent être collectées par les autorités sanitaires », « l'évaluation et la collecte des informations relatives aux symptômes du coronavirus » se faisant dès lors sous leur responsabilité.

Remarque

Il faudra toutefois, dans ce cas de figure, que le DRH parvienne à rapporter la preuve de ce comportement fautif, ce qui sera probablement compliqué.

Incitation à l'auto-signallement des salariés

Salariés susceptibles d'être infectés

Ainsi que le rappelle la Cnil, chaque salarié « doit, pour sa part, mettre en œuvre tous les moyens afin de préserver la santé et la sécurité d'autrui et de lui-même ». L'article L. 4122-1 du Code du travail dispose en effet que : « Conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur, dans les conditions prévues au règlement intérieur pour les entreprises tenues d'en élaborer un, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité, ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail. »

Le salarié doit donc **informer sa hiérarchie ou le médecin du travail s'il pressent avoir contracté le virus** afin d'éviter de contaminer ses collègues et de permettre à l'entreprise de prendre les mesures de précaution nécessaires.

Le DRH doit en effet non seulement renvoyer le salarié chez lui, mais également informer les autres salariés afin qu'ils soient vigilants sur l'apparition éventuelle de symptômes et qu'ils restent à leur domicile, le cas échéant.

Dans son protocole de confinement, le ministère du Travail indique qu'il « revient à l'employeur, le cas échéant avec la médecine du travail, de rédiger préventivement une procédure ad hoc de prise en charge sans délai des personnes symptomatiques ».

S'il s'avère que le salarié, qui vit avec quelqu'un souffrant du Covid-19 et/ou ayant des symptômes du Covid, ne s'est pas signalé et a continué à venir travailler, une procédure disciplinaire pourra être engagée à son encontre compte tenu de la mise en danger consciente de la santé de ses collègues.

Il faut donc faire appel au civisme et à la responsabilité des salariés en les sensibilisant sur l'importance de se protéger (et de protéger les autres) en vérifiant leur état de santé avant de venir travailler. Ce qui implique de leur rappeler que le signalement d'une suspicion de contact ou symptômes du Covid-19 est une obligation.

La Cnil rappelle ainsi que « l'employeur peut :

- sensibiliser et inviter ses employés à effectuer des remontées individuelles d'informations les concernant en lien avec une éventuelle exposition, auprès de lui ou des autorités sanitaires compétentes ;
- faciliter leur transmission par la mise en place, au besoin, de canaux dédiés ;
- favoriser les modes de travail à distance et encourager le recours à la médecine du travail ».

Elle précise par ailleurs qu'« en cas de signalement, l'employeur peut consigner :

- la date et l'identité de la personne suspectée d'avoir été exposée ;
- les mesures organisationnelles prises (confinement, télétravail, orientation et prise de contact avec le médecin du travail, etc.) ». Ceci aux fins de communiquer « aux autorités sanitaires qui le demanderaient les éléments liés à la nature de l'exposition, nécessaires à une éventuelle prise en charge sanitaire ou médicale de la personne exposée ».

Individus vulnérables

Les personnes vulnérables (c'est-à-dire davantage susceptibles de développer une forme grave de la maladie compte tenu de comorbidités telles que : obésité, hypertension, diabète, asthme...) ne sont pas obligées de se signaler, mais doivent être incitées à le faire, afin que le DRH puisse mettre en place des mesures de prévention appropriées et, à défaut, les placer en activité partielle.

Il est donc conseillé de diffuser une note invitant toutes les concernés à se manifester.

Le décret du 5 mai 2020 ⁽¹⁴⁾ définit les critères permettant d'identifier les salariés vulnérables

(14) D. n° 2020-521, 5 mai 2020, définissant les critères permettant d'identifier les salariés vulnérables présentant



présentant un risque de développer une forme grave d'infection au Covid-19. Ces salariés pourront être placés en activité partielle au titre de l'article 20 de la loi de finances rectificative du 25 avril 2020.

ADJONCTIONS AU RÈGLEMENT INTÉRIEUR

Santé / sécurité

Les consignes de sécurité données, ainsi que les conséquences de leur non-respect doivent être mentionnées dans le règlement intérieur ou dans l'une de ses annexes.

Il faut donc y adjoindre toutes les injonctions spécifiques qui ont pu être données selon les circonstances et les postes de travail, et rappeler que le salarié doit porter ses équipements de protection individuels (EPI).

La question de l'évaluation des symptômes et de leur signalement devra également être abordée si cela n'a pas été fait. La formulation suivante, à adapter en fonction des circonstances et des choix de prévention effectués, pourra être utilisée :

« Afin de limiter le risque de contamination sur le lieu de travail et d'éviter la propagation de l'épidémie Covid-19, et conformément à l'article L. 4122-1 du Code du travail, tout salarié devra :

- respecter scrupuleusement les consignes de sécurité données et figurant en annexe au présent règlement intérieur ;*
- suivre toute formation à la sécurité qui lui serait demandée ;*
- apprécier avant sa prise de poste l'existence ou non de symptômes Covid-19, dont les caractéristiques figurent en annexe [...] au présent règlement intérieur en remplissant le questionnaire d'auto-évaluation remis ;*
- prendre sa température à son domicile avant sa prise de poste ou son entrée dans les locaux ;*
- se signaler immédiatement auprès de la médecine du travail et du service RH ou de sa hiérarchie en*

un risque de développer une forme grave d'infection au virus Sas-CoV-2 et pouvant être placés en activité partielle au titre de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020.

cas de suspicion de signes Covid-19, la prise de poste et l'accès aux locaux étant alors interdits ;

- signaler immédiatement aux intéressés tout contact avec une personne atteinte du Covid-19, afin que la direction puisse prendre les mesures appropriées. »*

Discipline

Si le DRH veut que les mesures de prévention soient efficaces, il faut qu'il soit clair pour tous que ce n'est pas une option, mais une obligation.

Il faut donc, si ce n'est déjà fait, préciser dans le règlement intérieur que le non-respect des consignes de sécurité est une faute sanctionnable disciplinairement.

Procédure

Ainsi que précédemment exposé, ces consignes de sécurité sont applicables immédiatement en cas d'urgence, ce qui ne dispense aucunement l'entreprise de respecter la procédure de modification du règlement intérieur (consultation du CSE, saisine de l'inspection du travail).

Il suffit de se référer aux récentes décisions, *Amazon*, *Carrefour*, *La Poste*, pour comprendre l'importance du respect des procédures, en termes d'information/consultation du CSE et de modification du document unique.

Il en est de même du règlement intérieur, sa modification devant s'effectuer dans le respect des procédures (*voir ci-dessus*).



Un simple coup d'oeil médiatique permet de constater l'afflux de critiques frappant tous ces contrôles préventifs de la santé des salariés, et il est quasiment certain qu'il y aura de nombreux contentieux relatifs à ces questions.

L'adhésion de tous (CSE, médecin du travail, inspection du travail et salariés) au panel des mesures mises en place constitue le meilleur garde-fou pour limiter ces critiques et faciliter la prévention. Le DRH et les représentants du personnel doivent donc communiquer, afin qu'au-delà des mesures collectives de prévention mises en place, tout un chacun ait conscience de l'importance de son rôle individuel dans la limitation de la contagion. ♦