

EH/FB/LR 30/07/2021

Projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire

Le projet de loi prévoit dans certaines situations une obligation de présentation du passe sanitaire, et une obligation vaccinale. Les personnes soumises à ces obligations peuvent-elles être licenciées en cas de refus ?

1/ Pour les salariés soumis à obligation vaccinale :

- Rappel du dispositif prévu par le projet de loi

Le projet de loi fixe la liste des salariés et agents concernés par l'obligation de se faire vacciner contre la covid-19. En l'absence de justification d'une contre-indication médicale (les motifs de contre-indication seront prévus par décret) :

- Jusqu'au 14 septembre, ces personnes devront présenter un test négatif, ou un certificat de rétablissement suite au covid, ou un certificat de vaccination ou à défaut, le justificatif de l'administration de doses requises par décret ;
- Entre le 15 septembre et le 14 octobre, la présentation d'un test ne sera valable que pour les personnes qui justifient avoir eu une première dose de vaccin ;
- A compter du 15 octobre, les personnes devront justifier du vaccin, ou d'un certificat de rétablissement, ou à défaut, de l'administration de doses requises par décret.

Lorsqu'elles ne présentent pas ces documents, ces personnes ne peuvent plus exercer leur activité. Il leur est possible de poser des jours de repos. A défaut le contrat de travail est suspendu et la rémunération est interrompue jusqu'à présentation des documents demandés.

- Conséquences de la suspension du contrat de travail sur les droits des salariés et agents :

Le texte prévoit, pour les soignants qui verraient leur contrat suspendu, que la période de suspension ne peut être assimilée à une période de travail effectif pour le calcul des jours de congés ainsi que pour les droits légaux et conventionnels acquis au titre de l'ancienneté (prime d'ancienneté, indemnité de licenciement ou de rupture conventionnelle, complément employeur en cas d'arrêt maladie...)

En revanche il est précisé que le salarié conserve le bénéfice des garanties de protection sociale complémentaire.

- Le licenciement d'un salarié qui refuse est-il possible ?

Le refus de vaccination alors que celle-ci est prévue par la loi peut à notre avis entraîner un licenciement : dans un arrêt du 11 juillet 2012, la Cour de cassation a validé le licenciement pour cause réelle et sérieuse d'un salarié qui refusait de se faire vacciner contre l'hépatite B alors que la réglementation applicable à l'entreprise imposait la vaccination. Attention, en l'espèce, le médecin du travail avait par ailleurs prescrit la vaccination et le salarié ne présentait pas de contre-indication médicale. **Le licenciement d'un salarié qui refuserait de se soumettre à l'obligation vaccinale pourrait donc selon nous être validé par les juges.**

2/ Pour les salariés soumis à la présentation du passe sanitaire :

- **Rappel du dispositif prévu par le projet de loi**

Pour rappel, le passe sanitaire peut être constitué du résultat d'un test négatif au covid, d'un justificatif de vaccination, ou d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination au covid.

Ce passe est exigé pour l'accès à un certain nombre de lieux et établissements ou événements, listés par le projet de loi et le décret du 19 juillet 2021. Cette obligation est étendue, à compter du 30 août, aux salariés et agents qui travaillent pour ces établissements.

A compter de cette date, si le salarié ou agent ne présente pas le justificatif demandé, le texte prévoit qu'il envisage avec son employeur la possibilité de poser des jours de repos. A défaut, son contrat de travail est suspendu sans rémunération. Au bout de 3 jours, l'employeur convoque le salarié ou l'agent pour essayer de trouver une solution, notamment une réaffectation sur un autre poste non soumis à l'obligation de passe sanitaire.

- **Conséquences de la suspension du contrat de travail sur les droits des salariés :**

Pendant la suspension temporaire de son contrat de travail, le salarié est tenu à une obligation de loyauté envers son employeur. Ainsi, il ne peut pas travailler pour un concurrent de son employeur. Par ailleurs, il doit respecter une obligation de discrétion : il n'a pas le droit notamment de divulguer des données confidentielles de l'entreprise auxquelles il a accès (secret de fabrication, par exemple).

S'il ne respecte pas ces obligations, le salarié peut être licencié.

De plus, cette période de suspension n'étant pas considérée comme du temps de travail effectif, elle n'est pas prise en compte dans le calcul de la durée des congés, ainsi que pour les droits légaux et conventionnels acquis au titre de l'ancienneté (prime d'ancienneté, indemnité de licenciement ou de rupture conventionnelle, complément employeur en cas d'arrêt maladie...).

Cette période de suspension n'ouvre pas non plus droit à l'assurance chômage et n'est pas non plus prise en compte pour le calcul des droits à l'assurance chômage en cas de rupture du contrat de travail.

Concernant la question de l'arrêt maladie, le salarié pourra les indemnités de sécurité sociale s'il remplit les conditions requises pour tout assuré préalablement à l'interruption de travail : avoir travaillé un certain nombre d'heures ou avoir cotisé un certain montant, dans les mois qui ont précédé l'arrêt maladie).

En ce qui concerne les garanties prévues dans votre régime de prévoyance et de complémentaire santé, la loi ne prévoit pas spécifiquement de maintien de ces garanties en cas de suspension du contrat sans rémunération ni indemnisation. En pratique, cela dépend de l'accord qui lie l'employeur et l'organisme d'assurance. Il convient donc de vérifier dans la notice d'explication, reçue par les salariés, si ce maintien est prévu ou exclu dans le contrat.

- **Le licenciement d'un salarié qui refuse de présenter le passe est-il possible ?**

Si la première version du texte avait prévu le licenciement du salarié ou de l'agent au bout de 2 mois de suspension du contrat, la version actuelle l'a supprimé. Néanmoins, les interventions récentes de la ministre du travail posent la question de la possibilité ou non de licencier ces personnes malgré la suppression du nouveau motif de licenciement.

A notre avis, deux situations peuvent poser questions.

- Y a-t-il une possibilité de licenciement pour inaptitude ?

Lorsque l'employeur constate que le salarié ne présente pas son passe, il peut demander au salarié de se rendre chez le médecin du travail. On pourrait craindre alors une décision d'inaptitude suivie d'une tentative de reclassement et in fine d'un licenciement pour inaptitude.

Cependant, le code du travail prévoit à l'article L 1226-2 que « lorsque le salarié victime d'une maladie ou d'un accident non professionnel est déclaré inapte (...) ». Il est par ailleurs précisé à l'article L4624-4 que le médecin du travail déclare le travailleur inapte lorsque « l'état de santé du travailleur justifie un changement de poste ».

Il apparaît donc clairement que l'inaptitude est liée à l'état de santé du salarié et doit faire suite à un problème de santé. Un salarié ou agent qui refuse de présenter un passe sanitaire n'est pas accidenté ou malade, la procédure d'inaptitude ne lui sera donc à priori pas opposable.

Ainsi, à notre avis, un avis d'inaptitude, et qui plus est, un licenciement pour inaptitude qui s'en suivrait, ne seraient pas justifiés.

- Y a-t-il une possibilité de licenciement pour absence répétée ou prolongée ?

La jurisprudence a validé la possibilité de licencier un salarié dont l'absence répétée ou prolongée ne serait pas justifiée. Cependant, dans le cas d'une suspension du contrat pour non-présentation du passe sanitaire, l'absence est justifiée, puisqu'elle est prévue par la loi.

La jurisprudence a validé par ailleurs le licenciement de salariés dont l'absence répétée ou prolongée pour maladie (donc absence justifiée cette fois), provoquait une désorganisation de l'entreprise nécessitant de remplacer le salarié. En l'espèce, l'absence du salarié pour suspension du contrat en l'absence de présentation du passe n'est pas une absence pour maladie.

Il semble donc que nous soyons face à un vide juridique, celui de l'absence justifiée d'un salarié qui n'est cependant pas une absence pour maladie. A ce stade il est donc compliqué de se prononcer avec certitude, et il est probable que les juges auront à trancher de cette question dans les mois à venir. Quoiqu'il en soit, il est probable qu'une entreprise qui licencierait son salarié du fait de cette absence, devrait justifier du caractère préjudiciable de cette absence pour l'entreprise, et de l'impossibilité de pallier à cette absence par des recrutements à durée déterminée.

3/ S'agissant des salarié et agents non concernés par l'obligation de passe sanitaire

Le projet de loi liste d'une part les établissements soumis à l'obligation de passe sanitaire. En revanche, le texte interdit à tout employeur d'exiger le passe sanitaire dans toute situation qui ne figurerait pas parmi cette liste. Le projet de loi prévoit à cet effet une peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

4/ Pour les agents et salariés en CDD

Pour les personnes en CDD, en cas de refus de présentation du passe sanitaire, ou refus de vaccination, alors même que les personnes sont visées par ces obligations, le texte prévoit en revanche un motif



de licenciement déguisé : il sera possible de de rompre le contrat de manière anticipée, sans dommages et intérêts.