Logo CFDT

[COURRIERS CADRES] Masque, dépistage : ce que l'employeur peut exiger ou pas de son salarié

L'employeur peut-il sanctionner celui qui ne respecte pas les gestes barrières, qui refuse de porter le masque, ou qui cache des symptômes ? Peut-il contraindre un collaborateur à se faire dépister ? Alors qu'à Mulhouse, un salarié a été licencié pour "faute grave" après être venu travailler sans attendre les résultats d'un test, Timothé Lefebvre, avocat au barreau de Paris, nous apporte son analyse.

Pour sécuriser ses salariés, l'employeur peut-il les obliger à se faire dépister ?

Dans le *"protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de COVID-19"* , le ministère du Travail précise la *"doctrine générale de protection collective"* que les employeurs doivent mettre en place depuis septembre. À ce stade, ce protocole est le seul outil auquel les entreprises peuvent se référer. Chargées d'assurer la sécurité et de protéger la santé de leurs salariés, elles doivent ainsi respecter des règles, qui vont du masque obligatoire à la distanciation physique.

Pour une sécurité maximale, une entreprise peut être tentée d'imposer à ses collaborateurs un test de dépistage, notamment s'ils reviennent d'une zone de circulation active du virus. Il y a toujours, dans ce genre de situation, un arbitrage à faire entre la vie privée du salarié et sa vie professionnelle : l'employeur doit toujours se demander si la mesure qu'il met en place empiète ou non sur la vie privée du salarié.

Le protocole du ministère du Travail rappelle qu'il n'est pas du rôle de l'entreprise d'organiser des dépistages : seule l'ARS (agence régionale de santé) peut imposer de tels tests. L'employeur ne peut donc pas obliger son salarié à se faire dépister. Il peut toutefois lui interdire l'accès de ses locaux, en lui expliquant que la sécurité de ses collègues ne peut être assurée s'il est présent au bureau.

Il est en outre possible d'imposer au collaborateur, dans de telles circonstances exceptionnelles **(1)**, de faire du télétravail. Là encore, au nom de la sécurité des salariés.

Qu'en est-il de l'usage systématique d'un thermomètre à l'entrée ?

La Cnil a déjà donné son avis sur le sujet : puisque des données de santé sont destinées à être collectées, l'employeur doit lui demander son autorisation avant d'instaurer une telle mesure. Mais une fois cet accord obtenu, dans le cadre d'un ensemble de mesures de précaution, les entreprises peuvent très bien organiser un contrôle de la température des personnes entrant sur leur site.

Toutefois, selon le Code du travail, une telle mesure doit être *"proportionnée à l'objectif recherché"*. Or, observait déjà le gouvernement en mai, *"l'infection à SARS-CoV-2 peut être asymptomatique, la fièvre n'est pas toujours présente, et le portage viral peut débuter jusqu'à 2 jours avant les signes cliniques"*. La prise de température serait ainsi *"faussement rassurante"*.

C'est pourquoi le protocole indique que *"le contrôle de température n'est pas recommandé et n'a pas un caractère obligatoire"*. Un salarié est ainsi en droit de le refuser. *"Si l'employeur, devant ce refus, ne laisse pas le salarié accéder à son poste, il peut être tenu de lui verser le salaire correspondant à la journée de*

travail perdue”, précise le document. Il recommande plutôt à l’entreprise d’inciter chaque collaborateur à *“mesurer lui-même sa température en cas de sensation de fièvre”* avant de partir travailler, et plus généralement, à *“auto-surveiller”* l’apparition de *“symptômes évocateurs.”*

Si un salarié refuse de porter un masque, l’employeur peut-il le sanctionner pour faute grave ? Voire le licencier, comme ce fut le cas en septembre ? *(2)*

Le gouvernement indique que oui : selon le ministre délégué chargé des PME, Alain Griset, un salarié refusant de porter un masque peut être sanctionné, jusqu’au licenciement pour faute grave. Je reste toutefois réservé pour les employeurs : cela paraît risqué, car à ce stade, l’obligation de porter un masque n’est portée que par le protocole du ministère du Travail, et non par un décret ou une loi. Il ne s’agit donc pas, pour l’instant, d’une obligation légale.

Plutôt que de sanctionner pour un refus du port du masque, l’entreprise peut faire des rappels à l’ordre à son salarié. Ensuite, une sanction pourra être prise pour une autre raison : l’insubordination (plus facile à prouver que l’intention délibérée, par exemple, de tousser sur ses collègues), ou le refus de mettre en œuvre une directive de l’employeur. Il peut aussi invoquer, d’une manière détournée, le *“trouble objectif et caractérisé”* causé aux équipes par le comportement du collaborateur. Si ses collègues sont perturbés et que cela porte atteinte au bon fonctionnement de l’organisation, l’on pourrait tout à fait imaginer des sanctions.

Il n’est pas impossible, si une loi devait être prise pour lui apporter une valeur légale, que l’obligation de porter un masque en entreprise soit un jour retoquée par le Conseil constitutionnel ou le Conseil d’État. Pour éviter tout contentieux, mieux vaut donc éviter pour l’heure de prendre des sanctions sur un fondement peu sûr, et se reposer sur quelque chose de plus sécurisé, que l’on connaît mieux : l’insubordination ou le trouble objectif.

Là encore, enfin, l’entreprise peut imposer au collaborateur de faire du télétravail.

LIRE AUSSI : Ce que doit faire l’employeur quand un cas de Covid-19 est détecté

Taire son état de santé pour continuer à travailler peut-il être considéré comme une faute grave ?

Plusieurs cas de personnes ayant tut leur état de santé pour continuer à travailler ont récemment défrayé la chronique. En septembre, notamment, un salarié de l’office HLM de Mulhouse a été licencié pour “faute grave” parce qu’il était retourné au travail après avoir passé un test Covid-19 qui s’est avéré positif. Selon son entreprise, *“il n’aurait pas dû retourner au travail après le test. On ne fait pas un dépistage si on n’a pas de suspicion”*. Le collaborateur plaide la bonne foi, assurant qu’il n’a eu *“aucune suspicion”* avant le test, n’ayant qu’une légère toux.

Un tel comportement peut être considéré comme une faute grave, mais le problème reste celui de la preuve ; à la fois que le salarié avait connaissance de son état de santé, et qu’il mettait en danger ses collègues. Sanctionne-t-on un travailleur uniquement parce qu’il a été testé positif, ou parce qu’il est venu dans l’entreprise tout en ayant connaissance des résultats de son dépistage ?

Il n’existe pas de jurisprudence sur le sujet. Dans le cas qui nous intéresse, l’employeur doit prouver que son collaborateur a eu les résultats de son test avant de retourner dans l’entreprise. Il s’agirait dans ce cas d’une faute car il exposerait, en toute connaissance de cause, ses collègues à un risque.

La question des cas contact et des cas positifs n’est pas encore encadrée juridiquement. Mais les salariés ont, tout comme leur employeur, une obligation de sécurité vis-à-vis de leurs collègues. Ainsi, un collaborateur qui sait qu’il est cas contact, ou pire, qu’il est positif, peut faire l’objet d’une sanction disciplinaire s’il le cache à sa direction et vient travailler. Mais encore une fois, il reste difficile pour l’employeur de prouver que le salarié en question a sciemment mis en danger son environnement professionnel.

Si le salarié de l’office HLM de Mulhouse n’a effectivement pas reçu les résultats de son test avant de se rendre au travail, il n’avait pas connaissance de son état de positivité. On peut juste lui reprocher d’avoir manqué à son devoir de prudence. L’employeur peut toujours considérer qu’il s’agit d’une faute ; mais un juge risque d’estimer qu’un tel manquement ne justifie pas un licenciement.

Actuellement, nous naviguons à vue juridiquement. Mais il reste deux possibilités. Soit l’employeur a informé ses salariés d’un protocole précis en cas de symptômes (se faire tester puis rester chez soi), et il est alors en droit de prendre des sanctions. Soit il n’a pas édicté de règles précises sur les comportements que doivent suivre les collaborateurs en cas de symptômes, et dans ce cas, il ne pourra pas leur reprocher d’être venu au travail juste après un test.

(1) *Article L 1222-11 : “En cas de circonstances exceptionnelles, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l’activité de l’entreprise et garantir la protection des salariés.”*

(2) *Un ouvrier a été licencié pour faute grave après avoir toussé sur un collègue. Son entreprise lui reproche de ne pas avoir respecté les gestes barrières, et d’avoir fait preuve d’insubordination.*

Fabien Soyez
Journaliste Web et Community Manager

depistage
Liens utiles
Masque, dépistage : ce que l’employeur peut exiger ou pas de son salarié