

SUSCITER L'ADHESION DES SALARIES AUX CAMPAGNES DE DEPISTAGE DE LA COVID 19 ORGANISEES EN ESSMS

*Comment réagir face au refus d'un salarié de participer à une campagne de dépistage organisée par son employeur ?
Outils et pistes d'action
Décembre 2020*

Rendues possibles par le ministère du travail dans le cadre du [protocole national](#) pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise mis à jour le 29 octobre 2020, les dépistages par la réalisation de tests en entreprise font l'objet de deux campagnes massives préconisées par le ministère de la santé et les ARS dans les structures accompagnant des personnes vulnérables pouvant contracter une forme grave de COVID 19 :

- ➔ Campagne de dépistage par test RT-PCR lorsqu'une situation à risque apparaît (cas suspect ou confirmé de COVID+)
- ➔ Campagne de dépistage préventif par la réalisation de tests antigéniques (aucun cas détecté dans la structure – proposé en retour de congé principalement)¹ sur recommandation de l'ARS ou dans le cadre de la stratégie de prévention déployée par l'employeur

Mises en œuvre par les employeurs dans des conditions encadrées elles visent un triple objectif :

1. Renforcer le rôle des entreprises dans la stratégie nationale de lutte contre la propagation du virus
2. Renforcer les mesures de protection déployées vis-à-vis des personnes vulnérables accueillies dans certains ESSMS privés non lucratifs
3. Préserver la santé des professionnels qui interviennent dans ces établissements.

La question de l'immixtion d'une thématique sanitaire au sein d'organisations qui emploient des professionnels n'est en rien nouvelle (alcool, drogues...). Elle est d'autant plus sensible et exacerbée au sein d'établissements et services du secteur des solidarités en ce qu'ils accompagnent des personnes vulnérables et donc potentiellement plus à risques au regard d'une pandémie. **En creuset, c'est une tension entre des**

¹ https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/instruction_tests_antigeniques_ehpad_covid-19.pdf

Droits fondamentaux individuels de la personne² et la responsabilité collective des établissements et services qui est en jeu.

Les problématiques remontées lors de la 1^{ère} vague concernaient le délai de traitement des tests, la saturation des laboratoires... les directions des ESSMS doivent aujourd'hui réguler le refus de certains professionnels de se soumettre aux campagnes de dépistages préconisées.

Si ces situations mettent à jour les différents enjeux auxquels la crise les confronte : préservation de la santé des résidents, santé au travail, respect des consignes sanitaires, respect du secret médical, c'est à nouveau leur responsabilité en qualité d'employeur en cas de contamination qui doit être encadrée. Au-delà de cette responsabilité, en l'état actuel de la crise sanitaire et de ses conséquences, c'est leur rôle dans le processus d'adhésion des salariés aux différentes mesures de prévention du risque de contamination qui doit être soutenu.

Il nous a semblé opportun dans ce cadre, de dresser un état du Droit assorti de pistes d'action et points de vigilance, afin que les directions des ESSMS puissent prendre la décision la plus éclairée possible.

Plusieurs fondements juridiques reposant sur le respect de la vie privée, les libertés individuelles, le secret médical viennent justifier le refus des salariés de réaliser des tests de dépistage dans le cadre du travail (I)

Pour autant, au sein des établissements médico-sociaux et particulièrement en cette période de lutte contre l'épidémie, il importe de mettre en œuvre des mesures de prévention du risque sanitaire pertinentes, comprises, partagées et soutenues par les professionnels. **Pour atteindre cet objectif il nous semble qu'elles doivent être co-construites, faire l'objet de critères objectifs et partagés, élaborées dans le cadre d'un dialogue social et professionnel productif permettant une mise à jour des différentes sources documentaires opérantes (plan de continuité de l'activité, document unique d'évaluation des risques, règlement intérieur...)** (II).

L'objet de nos développements sera donc, plutôt que d'envisager des mesures « coercitives » (III) vis-à-vis des professionnels réfractaires dans un contexte de raréfaction des candidats potentiels, d'identifier les actions qui favoriseront leur adhésion à ces mesures de prévention.

² Au sens du bloc de constitutionnalité, on peut citer notamment : Liberté (Art IV de la DDHC) ; liberté d'opinion (Art X de la DDHC) ; l'article 34 de la constitution de 1958 qui précise que la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques...

I. DEPISTAGE PAR REALISATION DE TESTS SUR LES SALARIES : LES FONDEMENTS DU DROIT AU REFUS

A. Les droits du patient

Les [articles L1111-4 du CSP](#) et [36 du code de déontologie médicale](#) indiquent que le consentement libre et éclairé de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas et son refus doit être respecté dans le cadre de la protection de son intégrité physique. Il s'agit ici d'un droit fondamental où les atteintes sont limitativement énumérées par la loi.

B. Le secret médical

Le secret médical des données issues du dépistage : La CNIL³ rappelle que **seuls les personnels de santé compétents** (notamment la médecine du travail) **peuvent collecter, mettre en œuvre et accéder à d'éventuels fiches ou questionnaires médicaux auprès des employés/agents** contenant des données relatives à leur état de santé ou des informations relatives notamment à leur situation familiale, leurs conditions de vie ou encore, leurs éventuels déplacements.

L'employeur ne pourra recevoir que l'éventuel avis d'aptitude ou d'inaptitude à reprendre le travail émis par le professionnel de santé. Il ne pourra alors traiter que cette seule information, sans autre précision relative à l'état de santé de l'employé, d'une façon analogue au traitement des arrêts de maladie qui n'indiquent pas la pathologie dont l'employé est atteint.

C. RGPD (transmission des résultats COVID+ et des informations associées)

La CNIL précise également que les employeurs ne sauraient prendre de mesures susceptibles de porter une atteinte disproportionnée à la vie privée des personnes concernées, notamment par la collecte de données de santé qui iraient au-delà de la gestion des suspicions d'exposition au virus aux fins de protéger les employés et le public.

Ce principe est également rappelé par [l'article L. 1121-1 du Code du travail](#) qui dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

👉 Sur ce point, notons l'importance de sécuriser les données issues du dépistage. Plusieurs acteurs sont en mesure de sécuriser ces points : le médecin du travail, la CPAM, le médecin traitant du professionnel. La liste des personnes destinataires de ces données doit être limitative, au même titre que la durée de conservation de ces données, elle doit être précisée aux salariés.

Face à ces différentes sources de droit, **l'objectif pour les directions des ESSMS sera, dans le cadre de leur obligation de prévention et de préservation de la santé des salariés, de rechercher le consentement du collectif de travail et par là celui de chaque individu.**

³<https://www.cnil.fr/fr/coronavirus-covid-19-les-rappels-de-la-cnil-sur-la-collecte-de-donnees-personnelles-par-les>

D. Obligation de dépistage en entreprise et absence de force obligatoire de la source juridique

Bien que recommandées par les deux ministères (santé et travail) et relayées au niveau local par les ARS, les campagnes de dépistage en ESSMS ne reposent pas sur des textes revêtant le caractère de la force obligatoire et créateur d'obligation. En effet les deux sources juridiques présidant à leur organisation n'ont que le caractère de recommandations et n'imposent d'ailleurs pas ces dépistages. La légitimité et la pertinence de ces sources de droit souple, dont nous notons la prolifération depuis le début de la crise, présentent ainsi des faiblesses juridiques évidentes.

Pourtant, par application d'une [jurisprudence constante de la cour de cassation](#)⁴ appliquée aux vaccinations :
« *l'employeur qui est soumis à une obligation de résultat en matière de sécurité des salariés doit mettre en place des mesures de prévention individuelles et/ou collectives pour assurer la protection du salarié contre des agents biologiques pathogènes parmi lesquelles nous trouvons la vaccination. Ainsi, si le salarié conserve le libre choix du médecin vaccinateur (dispensaire, hôpital, médecin traitant, médecin du travail...) et qu'aucune vaccination ne peut être réalisée sans son accord explicite, il ne pourra pas refuser cette mesure de prévention au risque d'être sanctionné par son employeur dès lors que **cumulativement** :*

- *la réglementation applicable à l'entreprise impose la vaccination des salariés exerçant des fonctions les exposant au risque de la maladie considérée ;*
- *que le médecin du travail a prescrit cette vaccination et constaté l'absence de contre-indication médicale. »*

Dans cette affaire, la vaccination contre l'Hépatite B est rendue obligatoire par deux normes qualifiées de réglementaires : Un arrêté et une convention collective.

Si la situation n'est pas comparable pour ce qui concerne les tests de dépistage, d'autres actions sont possibles pour convaincre les salariés d'adhérer à ces campagnes.

⁴ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 11 juillet 2012, 10-27.888

II. TESTS DE DEPISTAGE : UN REFUS QUI PERCUTE LA RESPONSABILITE DES DIRECTIONS EN MATIERE DE PREVENTION DES RISQUES PROFESSIONNELS

Si les salariés sont fondés à refuser individuellement la réalisation de tests de dépistage en entreprise, ce refus interroge.

En effet, au-delà de leur participation à l'effort de lutte contre l'épidémie, tout employeur doit *à fortiori* en temps de crise sanitaire, mettre en œuvre toutes les mesures de préventions utiles à la préservation de la santé des salariés au risque de voir sa responsabilité engagée en cas de contamination d'un salarié ou d'un résident. Si les tests sont un moyen de permettre d'organiser le travail en évitant la contamination rapide de l'équipe et des résidents, quels sont alors les moyens de prévention qui vont permettre de réguler ce refus ? Un employeur sera-t-il fondé à lui interdire l'accès au lieu de travail si le salarié refuse de se soumettre au test ?

A. Le principe de prévention des risques professionnels

1. Présentation du principe

Par application des articles L4121-2 et R 4424-2 du code du travail, il appartient à l'employeur de prendre toutes les mesures propres à préserver la santé et la sécurité des salariés en évitant l'exposition à un risque et, lorsque celle-ci ne peut être évitée, en adaptant notamment l'organisation et les processus de travail.

La responsabilité de l'employeur pour méconnaissance de cette obligation spécifique de prévention des risques professionnels peut être recherchée en amont de toute atteinte à l'intégrité physique ou mentale du travailleur, en cas notamment de survenance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. La COVID a d'ailleurs été reconnue comme une maladie professionnelle dans certains cas décrits dans le [Décret n°2020-1131 du 14 septembre 2020 relatif à la reconnaissance en maladies professionnelles des pathologies liées à une infection au SARS-CoV2.](#)

Ainsi, il n'incombe pas à l'employeur de garantir l'absence de toute exposition des salariés à des risques mais dans le cadre de son obligation de moyens, de les éviter le plus possible. S'ils ne peuvent être évités, de les évaluer régulièrement en fonction notamment des recommandations du gouvernement, afin de prendre toutes les mesures utiles pour protéger les travailleurs exposés.

Face à la pandémie liée au virus COVID 19, la responsabilité de l'employeur est évaluée au cas par cas, au regard de plusieurs critères :

- La nature des activités du salarié et son niveau d'exposition aux risques,
- Les compétences de l'intéressé, son expérience,
- L'étendue des mesures prises par l'employeur, notamment en termes de formation et d'information, d'organisation du travail, d'instructions délivrées à la chaîne hiérarchique
- **+ Mesures renforcées (activités particulières et/ou avec contacts proches et prolongés) :** lorsque les contacts sont prolongés et proches, il y a lieu pour les postes de travail en contact avec le public de compléter les mesures « barrières » par le recours à d'autres mesures adaptées à l'activité et visant à protéger le salarié.

- ☞ Sur ce point, [la doctrine d'utilisation des tests antigéniques](#) publiée par le ministère de la santé le 28 octobre 2020, précise que : « Parmi les dépistages envisagés, doivent être opérationnels à très courte échéance des opérations visant :
- Les personnels asymptomatiques des établissements médico-sociaux hébergeant des personnes âgées et des personnes handicapées à risque de développer des formes graves, en particulier à leur retour de congé (vacances de la Toussaint dans l'immédiat), dans un objectif de protection des personnes vulnérables (cf. en complément l'instruction spécifique du 26 octobre 2010)
 - *La mise en œuvre de campagnes de test de dépistage peut s'analyser comme une mesure de prévention renforcée nécessaire pour prévenir le risque de contamination des professionnels par la COVID19, eu égard à la nature du travail en ESSMS : soin, accompagnement aux gestes quotidiens, proximité inévitable avec des personnes vulnérables au virus ».*
- ☞ Notons également qu'au regard des récentes annonces de Brigitte Bourguignon relatives à des campagnes de test hebdomadaires, une nouvelle instruction concernant les tests antigéniques devrait paraître sous peu (informations au 23 novembre 2020)
https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/covid-19-le-gouvernement-annonce-un-depistage-hebdomadaire-du-personnel-dans-les-ehpad-1-6-million-de-tests-antigeniques-deployes_4187925.html

2. Les difficultés pratiques liées à cette obligation

Ces difficultés sont directement liées au déploiement partiel des tests antigéniques auprès des ESMS.

Dans la région Hauts de France, suite aux annonces nationales du lundi 23 novembre en vue d'une nouvelle stratégie de tests pour les EHPAD, l'ARS a rappelé lors de la réunion hebdomadaire du 24 novembre comprenant l'ARS, les têtes de réseau et les Conseils Départementaux, que la lecture du TROD (tests rapides d'orientation diagnostique) doit se faire avec une couverture médicale ou pharmacienne pour assurer l'analyse.

- Il doit être proposé à chaque personnel (100% du personnel) en EHPAD de se faire tester chaque semaine, dans les ESMS où il n'y a pas eu de nouveaux cas COVID depuis 10 jours dans le but de repérer des clusters de manière préventive. Nota bene : l'épisode clos passe à 10 jours et plus à 14 jours.
- Les visiteurs sont invités à se faire tester par RT PCR 72h avant la visite en EHPAD, ou à effectuer un test antigénique en pharmacie le jour même si pas possible d'effectuer un test RT PCR. Si l'une ou l'autre de ces options n'est pas possible pour le visiteur, l'EHPAD peut proposer de faire un test antigénique le jour même aux visiteurs. Pour autant, si le visiteur est négatif, il doit toujours respecter les gestes barrière.
- Lorsqu'un résident ou un professionnel est symptomatique : on fait procéder à un test RT PCR, sauf si celui-ci n'est pas disponible rapidement, le chef d'établissement peut faire faire un test antigénique
- Si le résident est négatif au TROD et symptomatique : sa négativité doit être confirmée par un tests RT-PCR, dans l'attente il est isolé.
- Si le professionnel est négatif au TROD et symptomatique : sa négativité doit être confirmée par un tests RT-PCR également.

On sait que la sensibilité de tests antigéniques est moins bonne que le RT-PCR donc cela nécessite de faire confirmer la négativité. Lorsqu'il y a un épisode COVID en cours dans l'ESMS : le dépistage RT PCR reste la procédure.

L'ARS recommande l'élargissement de cette doctrine aux SSIAD et aux établissements PH : FAM, MAS et aux travailleurs handicapés d'ESAT.

👉 Point de vigilance : L'élaboration d'une doctrine relative au déploiement des tests au-delà des campagnes de prévention épisodiques (fréquence, situation, fiabilité...) semble nécessaire pour sécuriser les acteurs des ESSMS. La question de savoir si le test antigénique est la solution, pour les salariés et pour les personnes accompagnées (lors d'un retour en famille par exemple) ne trouve pas de réponse à ce jour.

En application de ce principe de prévention plusieurs documents vont permettre à l'employeur d'objectiver et de démontrer les mesures qu'il va prendre pour à la fois préserver la santé des salariés et en conséquence en situation épidémique, celles des personnes accompagnées et encadrer et sécuriser sa responsabilité sur ce point en cas de refus d'un salarié.

Pour autant l'objectif étant également de lutter réellement contre la propagation du virus, la mise à jour d'un certain nombre de documents compte autant que la méthode qui permettra de convaincre.

B. La mise à jour documentaire

Cette mise à jour et les actions qui y seront prescrites devront distinguer deux situations différentes :

- La réalisation du test RT-PCR lors de la détection d'un cas COVID+ dans la structure (situation professionnelle à risque)
- La réalisation du test antigénique lors d'une campagne de prévention (hors situation professionnelle à risque)

Les développements que nous proposons dans cette fiche concernent essentiellement les tests réalisés à titre préventif.

1. Le Plan de Continuité de l'Activité (PCA)

Clef de voute d'une prise de responsabilité assumée dans la cadre du maintien de l'activité habituelle ou de la création de nouvelles modalités d'accompagnement des personnes vulnérables en situation épidémique, **l'évaluation et la prévention des risques encourus par les professionnels doivent être réalisées au regard des activités fléchées dans le plan de continuité de l'activité.**

A ce stade de la crise sanitaire, plusieurs recommandations défendues par les associations et actées par les communiqués gouvernementaux et ministériels (ministère de la santé et des solidarités) viennent chaque jour encadrer et préciser les conditions dans lesquelles doit être organisée la continuité du suivi et de l'accompagnement des personnes vulnérables, secteur par secteur. Nous vous recommandons de vous y référer pour construire et mettre à jour votre PCA.

- ☞ Il peut être utile d'indiquer dans votre PCA la mise en œuvre de campagnes de dépistage RT PCR et antigéniques afin d'en souligner les conditions d'application (protocoles précis définis par l'ARS) et leurs objectifs (protection des résidents, usagers et salariés).
- ☞ Au-delà de la seule mesure de préservation de la santé des professionnels, l'utilité de ces campagnes devra être objectivée au regard de plusieurs critères relevant des particularités du secteur médico-social :
 - Vulnérabilité des personnes
 - Proximité difficile à éviter à 100%
 - Régulation nécessaire des cas contacts au regard de la nature essentielle de l'activité des ESSMS en période de crise sanitaire (régulation de l'absentéisme)

2. Le Document Unique d'Évaluation des Risques Professionnels (DUERP)

Les activités poursuivies dans le cadre du PCA pour assurer un suivi, un accueil et un accompagnement des personnes vulnérables devront s'adapter aux recommandations en place au regard de la situation épidémique et faire l'objet de nouvelles modalités d'organisation du travail. C'est à ce stade que les employeurs associatifs devront sécuriser leur responsabilité vis-à-vis des accidents et/ou maladies professionnelles. Ils devront faire la preuve des mesures d'évaluation et de prévention des risques qu'ils ont pu mettre en œuvre, dans le cadre des modalités de travail selon lesquelles ces activités seront poursuivies, pour protéger les salariés (et également être sécurisés en cas de contrôle de l'inspection du travail) s'agissant notamment des gestes barrières et des mesures renforcées en cas de risque particulier – **comme évoqué plus haut, dans les ESSMS, les campagnes de tests de dépistage décidées par l'employeur, s'inscrivent dans le cadre de mesures renforcées eu égard à la nature de leurs activités.**

Le code du travail impose aux employeurs non seulement d'agir mais également de retranscrire leur action dans le Document Unique d'Évaluation des Risques Professionnels ([article R4121-1](#)) ; **ce dernier devenant la preuve des mesures qu'ils auront mises en œuvre pour protéger les salariés et l'élément qui viendra sécuriser leur responsabilité vis-à-vis de la santé des salariés. Ces mesures doivent être régulièrement réactualisées en fonction de l'évolution de la situation dans l'association et des instructions des pouvoirs publics.**

- ☞ Il est indispensable d'indiquer dans le DUERP les conditions de réalisation des campagnes de dépistage et notamment :
 - Les critères présidant à la réalisation des tests. Par exemple : campagnes recommandées par les autorités de tarification et de contrôle et/ou le ministère de la santé, embauche, retour de congés, émergence d'un cluster, régularité de la réalisation du test au regard de la nature de l'activité (par exemple une unité ou un service accueillant des résidents plus vulnérables...)
 - Les conditions de réalisation des tests : professionnel de santé référent COVID interne formé, médecin du travail...
 - Les modalités de recueil, transmission, conservation et destruction des données recueillies
 - Le traitement des résultats

Point de vigilance :

- ☞ La réalisation des tests par un professionnel compétent, référent COVID 19 interne formé notamment, prend ici tout son sens. En effet, un test mal réalisé en interne qui aurait des conséquences sur la santé du salarié engagerait la responsabilité de l'employeur. Par ailleurs l'expérience et l'expertise du professionnel chargé de la réalisation des tests permettra de rassurer le salarié.

3. Le règlement intérieur

Le règlement intérieur fixe les mesures permettant d'appliquer la réglementation en vigueur en matière d'hygiène et de sécurité ainsi que les mesures de prévention des accidents du travail et maladie professionnelle.

La notion d'hygiène et de sécurité doit être entendue au sens large, puisqu'elle englobe notamment le domaine de la médecine du travail : l'obligation pour les salariés de se conformer aux visites médicales prévues par la réglementation peut y figurer par exemple. **Rien n'exclut donc à ce jour l'inscription des campagnes de dépistage pour les salariés en situation de crise sanitaire.**

La procédure normale de révision du règlement intérieur s'applique alors :

- ☞ Consultation du CSE. Cette consultation est obligatoire pour la régularité de la procédure, même si vous n'êtes en rien lié par l'avis rendu, qu'il soit positif ou négatif.
- ☞ Dépôt, affichage et communication à l'inspecteur du travail (il peut être utile de le contacter avant même la convocation du CSE afin qu'il vous donne un premier avis).

Si l'avis est favorable, le règlement intérieur doit être :

- Déposé en double exemplaire au secrétariat-greffe du conseil de prud'hommes ;
- Affiché sur le lieu de travail
- Envoyé à l'inspecteur du travail en double exemplaire, accompagné de l'avis du CSE.

- ☞ Si le règlement intérieur conditionne, en période de crise sanitaire, la prise de poste à la réalisation du test, l'ensemble des mesures nécessaires à la réalisation du test sont à la charge de l'employeur (réalisation sur son temps de travail, rendez-vous avec le médecin du travail...).

Si l'ensemble de ces documents permettait de tracer les mesures prises par l'employeur, de communiquer sur ces campagnes et d'encadrer la responsabilité des employeur d'ESSMS, il ne suffirait pas à lui seul à convaincre les salariés réfractaires. Dans ces situations, la méthode ou stratégie de prévention compte autant que le résultat.

C. Bien élaborer pour faire adhérer : rechercher le consentement éclairé du salarié

1. Inscrire la construction des modalités de réalisation des tests dans le cadre du dialogue social et professionnel

DIALOGUE SOCIAL ET ROLE DU COMITE SOCIAL ET ÉCONOMIQUE

Institution représentant les salariés de l'association, le CSE doit s'investir dans ces mesures. Au-delà de la simple obligation réglementaire de consultation sur les PCA, DUERP et règlement intérieur, initier un processus de co-construction des modalités de réalisation des tests avec ses membres revient à s'assurer un levier supplémentaire d'adhésion des professionnels. Un protocole élaboré dans ce cadre devrait inciter les salariés à faire part de leurs craintes, interrogations, attentes et souhaits au CSE. Ces remontées permettront d'ajuster le protocole et réguler les réticences.

DIALOGUE PROFESSIONNEL ET ESPACES DE DISCUSSION

De la même façon, initier un échange dédié aux tests avec les professionnels dans le cadre de réunions pilotées par les responsables d'équipe devrait améliorer à la fois la compréhension de ces campagnes et permettre aux professionnels d'exprimer leurs attentes et craintes.

2. Rassurer et convaincre

CONVAINCRE DE L'UTILITE DE CES TESTS AVEC LE SOUTIEN DU MEDECIN DU TRAVAIL

Investi d'un rôle de soutien à la direction sur le déploiement de mesures de prévention des risques professionnels, le médecin du travail, professionnel de santé qualifié, doit :

- Être associé à l'élaboration du protocole de tests inscrit dans le DUERP
- Pouvoir soutenir la direction dans la communication qui en est faite et leur caractère indispensable à la lutte contre l'épidémie
- Rassurer les salariés de manière individuelle lorsqu'ils ont des craintes légitimes quant à la réalisation des tests (ex : tests précédents éprouvants, particularité physique qui rend le test douloureux...). En ce sens, l'expérience et la formation des professionnels chargés de la réalisation des tests permettra de réduire les craintes des salariés testés.

Rappelons que par application des dispositions de l'article L4622-2⁵, les services de santé au travail conseillent **l'employeur, les travailleurs et les représentants du personnel**. Ils ont pour mission exclusive

⁵ Article L4622-2 du code du travail : *Les services de santé au travail ont pour mission exclusive d'éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail. A cette fin, ils :1° Conduisent les actions de santé au travail, dans le but de préserver la santé physique et mentale des travailleurs tout au long de leur parcours professionnel ;2° Conseillent les employeurs, les travailleurs et leurs*

d'éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail. A cette fin, ils doivent notamment **conduire les actions de santé au travail, dans le but de préserver la santé** physique et mentale des travailleurs tout au long de leur parcours professionnel et conseiller les employeurs, les travailleurs et leurs représentants sur les dispositions et mesures nécessaires afin d'éviter ou de diminuer les risques professionnels.

Par ailleurs, le ministère de la santé rappelle ce rôle et réaffirme leur soutien au déploiement des tests de dépistage en entreprise dans un courrier du 12 novembre adressé aux services de santé au travail.

RASSURER SUR L'UTILISATION DES DONNEES

Le protocole national sanitaire indique que l'employeur est tenu d'organiser les conditions permettant la bonne exécution de ces tests et la stricte préservation du secret médical, aucun résultat ne pouvant lui être communiqué.

- ☞ Lors des campagnes de dépistage, l'employeur récupère uniquement le résultat collectif des tests (ex : 10 cas positifs / 100 testés) et non les résultats individuels, qui seront pour leur part transmis à la médecine du travail.
- ☞ Il est essentiel d'indiquer aux salariés la nature des données recueillies lors du dépistage, la personne qui en sera destinataire et leur finalité, ces informations constituant la base de leurs consentements éclairés.

Point de vigilance :

- ☞ **Le caractère ponctuel du résultat négatif au test doit inciter le collectif de travail à poursuivre l'application des gestes barrières. Un salarié peut être négatif à l'instant T et positif dans l'heure qui suit. Dépister et tester ne sont pas des mesures de protection. Ce sont des mesures de prévention qui permettent d'organiser le travail de façon à prévenir la propagation du virus. Ce qui protège, ce sont les gestes barrières.**

Si malgré toutes ces démarches, des refus se manifestaient encore, l'employeur est invité à les tracer afin qu'il puisse prouver par la suite qu'il a bien respecté ses obligations en matière de prévention de la santé et de la sécurité des salariés. S'il ne peut exiger un refus écrit du salarié, l'employeur peut en garder une trace en l'actant par message ou courrier. Il peut également signaler ce refus au médecin du travail.

représentants sur les dispositions et mesures nécessaires afin d'éviter ou de diminuer les risques professionnels, d'améliorer les conditions de travail, de prévenir la consommation d'alcool et de drogue sur le lieu de travail, de prévenir le harcèlement sexuel ou moral, de prévenir ou de réduire les effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels mentionnés à l'article L. 4161-1 et la désinsertion professionnelle et de contribuer au maintien dans l'emploi des travailleurs ;3° Assurent la surveillance de l'état de santé des travailleurs en fonction des risques concernant leur santé au travail et leur sécurité et celle des tiers, des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels mentionnés à l'article L. 4161-1 et de leur âge ;4° Participent au suivi et contribuent à la traçabilité des expositions professionnelles et à la veille sanitaire.

III. LES MESURES DE COERCITION ENVISAGEABLES

A. Le contrôle de l'aptitude

Si malgré la mise à jour des documents précités (PCA, DUERP et RI) et d'un dialogue construit avec le salarié, celui-ci continue de refuser le dépistage, il est possible de faire appel à la médecine du travail en tant que protecteur de la santé physique et psychique des salariés dans le cadre d'une relation duale salarié/médecin du travail.

- ☞ Vous pouvez ainsi demander un examen du salarié par le médecin du travail indépendamment des examens périodiques ([Article R. 4624-17 du code du travail](#))
 - Le médecin du travail peut alors, en réalisant une étude de poste et en évaluant le risque de la situation professionnelle (plus important si un cas positif est détecté dans la structure), déclarer un avis d'aptitude au poste sous réserve de la réalisation du test RT PCR.
 - Si le salarié refuse une nouvelle fois, l'employeur peut ressaisir le médecin du travail afin de constater l'inaptitude.

Point de vigilance :

- ☞ Il est recommandé aux employeurs dans ce cas d'assortir leur demande de précisions sur les autres mesures mises en place pour protéger la santé du salarié concerné afin que le médecin du travail rende un avis éclairé
- ☞ Rappelons également qu'un salarié qui se sentirait mis en difficulté par la réalisation d'un test (crainte de l'isolement en cas de résultat positif, autre problème de santé qui serait révélé...) peut également demander une visite auprès du médecin du travail (article R4624-34⁶ du code du travail)
- ☞ La situation professionnelle « à risque » est bien présente lors de la détection de cas COVID+ dans la structure, le contrôle de l'aptitude est donc plus légitime à être demandé lors du refus d'un test RT-PCR.
- ☞ Le risque de contentieux prud'homal existe

B. Les textes juridiques pouvant servir de base à une mesure disciplinaire en cas de refus de réaliser un dépistage

Les textes juridiques présentés dans cette partie, peuvent servir de base à l'application de mesures disciplinaires mais ils doivent être utilisés avec une grande prudence car ils peuvent engendrer un risque prud'homal dont l'issue serait incertaine pour l'Association gestionnaire. Le salarié récalcitrant peut effectivement arguer de différents droits reconnus à tout citoyen et à tout salarié.

⁶ Article R4624-34 du code du travail : « *Indépendamment des examens d'aptitude à l'embauche et périodiques ainsi que des visites d'information et de prévention, le travailleur bénéficie, à sa demande ou à celle de l'employeur, d'un examen par le médecin du travail. Le travailleur peut solliciter notamment une visite médicale, lorsqu'il anticipe un risque d'inaptitude, dans l'objectif d'engager une démarche de maintien en emploi et de bénéficier d'un accompagnement personnalisé. La demande du travailleur ne peut motiver aucune sanction. Le médecin du travail peut également organiser une visite médicale pour tout travailleur le nécessitant.* »

De plus, l'objectif recherché est avant tout le dialogue entre les deux parties et une limitation de l'absentéisme déjà marqué dans les établissements... Pour cela, il est important de mobiliser un psychologue, un médecin, la médecine du travail et autres partenaires afin qu'un consensus soit trouvé, la mesure disciplinaire devenant ainsi le « dernier recours ».

Nous préconisons ainsi que soient évalués, par chaque association gestionnaire, en fonction des données et contexte qui lui sont propres, et à l'appui des conseils d'un avocat spécialisé en droit social, l'opportunité de s'engager dans cette voie.

1. Le droit du travail et la prévention des risques professionnels

- **L'article L4121-1 Code du travail** : « L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures comprennent : 1° Des actions de prévention des risques professionnels, y compris ceux mentionnés à l'article L. 4161-1 ; 2° Des actions d'information et de formation ; 3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes. »
- **L'article L. 4122-1 Code du travail** : « 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. Les instructions de l'employeur précisent, en particulier lorsque la nature des risques le justifie, les conditions d'utilisation des équipements de travail, des moyens de protection, des substances et préparations dangereuses. Elles sont adaptées à la nature des tâches à accomplir. Les dispositions du premier alinéa sont sans incidence sur le principe de la responsabilité de l'employeur ».
- **Article R. 4426-6** : « L'évaluation des risques permet d'identifier les travailleurs pour lesquels des mesures spéciales de protection peuvent être nécessaires. Sans préjudice des vaccinations prévues aux articles L. 3111-4 et L. 3112-1 du code de la santé publique, l'employeur recommande, s'il y a lieu et sur proposition du médecin du travail, aux travailleurs non immunisés contre les agents biologiques pathogènes auxquels ils sont ou peuvent être exposés de réaliser, à sa charge, les vaccinations appropriées. »

2. La jurisprudence

- **L'arrêt CORONA (1980)** : CE, ass, 1er févr. 1980, Min. du travail c/ Sté des peintures Corona, n° 06361 : dans un arrêt du 1^{er} février 1980, le Conseil d'État avait énoncé que le contrôle de l'alcoolémie des salariés avec éthylotest pouvait se justifier si les salariés testés étaient affectés à des tâches requérant une parfaite maîtrise d'eux-mêmes. Un employeur avait eu gain de cause pour la réalisation de tests d'alcoolémie visant des salariés « affectés à certaines tâches requérant une parfaite maîtrise et exposant à des risques. »
- **CE 5 déc. 2016, Sté Sogea Sud, n° 394178** : Le Conseil d'État considère que des impératifs de santé et de sécurité peuvent légitimer des contrôles aléatoires. Néanmoins le caractère justifié et proportionné d'une telle mesure est conditionné au respect de trois types de garanties :

1/ le contrôle ne peut être pratiqué que pour des postes pour lesquels « l'emprise de la drogue constitue un danger particulièrement élevé pour le salarié et pour les tiers ».

2/ Le Conseil d'État relève que l'employeur et le supérieur hiérarchique devront ici respecter le « secret professionnel » sur le résultat du test.

3/ Enfin, les tests salivaires sont relativement peu fiables : le Conseil d'État indique en conséquence que le salarié peut demander une contre-expertise, à la charge de l'employeur.

- [CA Versailles 29 septembre 2005 n° 04-3791, 17e ch., Dert c/ SA Chambon Gros](#) : qui pourrait être interprété a contrario. La Cour d'Appel considère que le refus du salarié de se soumettre à un éthylotest n'était en l'espèce pas fautif dès lors que ce dernier terminait sa journée de travail et que le règlement intérieur prévoyait en l'espèce que l'éthylotest devait être pratiqué aux heures de conduite.
- [Conseil d'Etat, Assemblée, du 17 février 1995, 107766](#): Le refus de soumettre à un alcootest constitue un comportement fautif. Attention toutefois, l'arrêt concernait un fonctionnaire.
- [Cour de Cassation, Chambre sociale, du 24 février 2004, 01-47.000, Publié au bulletin](#) : en application du règlement intérieur, l'alcootest peut être imposé aux salariés amenés à manipuler des machines ou produits dangereux ainsi qu'à ceux qui conduisent des engins ou des véhicules automobiles et dont l'état d'imprégnation alcoolique constituerait une menace pour eux-mêmes ou leur entourage. En l'espèce, le salarié avait réalisé le test mais contestait sa sanction au motif que l'employeur ne pouvait pas imposer un tel test.

🔑 **NB : Une jurisprudence concernant les tests de dépistage COVID pourrait également voir le jour...**