

COVID 19 et reprise du travail : Alerte sur les pratiques par l'employeur de collecte et de traitement des données médicales des salariés et agents

Synthèse :

Toute collecte et tout traitement des données personnelles médicales de salariés et d'agents par l'employeur sont interdits. A ce titre, les pratiques comme la prise de température systématique et généralisée, le recours à des attestations/questionnaires de santé ou à des tests de dépistage préalables à la reprise du travail auprès des salariés et agents sont prohibés par principe.

Il existe des adaptations très encadrées par la loi, y compris par la loi d'état d'urgence sanitaire.

En l'état actuel du droit, l'employeur n'a donc ni l'obligation ni le droit de tester l'ensemble de ses salariés.

Il doit se référer notamment aux critères de priorisation fixés par les autorités de santé. La politique de dépistage des salariés et agents est étroitement liée à celle des citoyens et à la présence ou non de cas avérés ou évocateurs du Covid-19.

La période de déconfinement conduit à un retour progressif des personnes sur leur lieu de travail.

Pour circonscrire les risques de contamination dès l'accès aux locaux de travail et dans les lieux de travail eux-mêmes tout en visant à rassurer les salariés et agents sur les conditions sanitaires de leur environnement de travail, de plus en plus d'employeurs envisagent des mesures de vérification de l'état de santé des salariés et agents. Ainsi se répandent des initiatives de questionnaire « santé », de prise de température à l'entrée des locaux ou de tests sérologiques généralisés.

Ces pratiques concernent des données personnelles de santé qui sont protégées par la loi. Le principe est que toute collecte de ces données est interdite par l'employeur. Il y a certaines exceptions légalement prévues et encadrées.

1. Le principe : la collecte et le traitement des données médicale par l'employeur sont interdits y compris dans le cadre de la crise du COVID 19

Les données de santé sont des données à caractère personnel protégées

Les données de santé concernent la vie privée ; elles sont l'enjeu de discrimination liée à l'état de santé ; elles sont soumises au secret médical.

En raison de ces 3 dimensions, elles font l'objet d'une protection particulière par les textes légaux : règlement européen sur la protection des données personnelles (RGPD) traduit dans

la loi Informatique et Libertés¹, le code de la santé publique² et le code du travail pour le salarié³.

Ce cadre légal fixe un principe d'une interdiction générale de traitement de données personnelles de santé pour l'employeur, sauf dérogations prévues expressément par la loi.

Leur traitement est par principe interdit par l'employeur

Le secret médical empêche l'employeur de réclamer les résultats d'un examen de santé ; la réglementation RGPD interdit la constitution de fichiers de santé et enfin l'employeur risque d'être accusé de discrimination liée à l'état de santé.

Les entreprises et les administrations ne peuvent donc prendre aucune mesure qui porteraient atteinte au respect de la vie privée de leurs salariés et agents, ou visiteurs, en particulier collecter des données de santé *"qui iraient au-delà de la gestion des suspicions d'exposition"* au coronavirus.

Concrètement, il est interdit aux employeurs de constituer des fichiers automatisés ou de registre papier conservant des données de températures de leurs salariés. Il leur est de même interdit de mettre en place des outils de captation automatique de température (telles que des caméras thermiques)⁴. Il ne peut traiter les réponses à un questionnaire santé ou des résultats d'un dépistage.

Il ne peut non plus demander au service de santé au travail de lui communiquer la liste des personnes fragiles ou des personnes en état de grossesse lorsque cela n'a pas été porté à la connaissance de l'employeur⁵.

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. Il en va de même pour les tests médicaux, sérologiques ou de dépistage du COVID-19 dont les résultats sont soumis au secret médical⁶.

En l'état actuel du droit, l'employeur n'a donc ni l'obligation ni le droit de tester l'ensemble de ses salariés. Il doit se référer notamment aux critères de priorisation fixés par les autorités de santé. La politique de dépistage des salariés et agents est étroitement liée à celle des citoyens et à la présence ou non de cas avérés ou évocateurs du Covid-19. L'employeur n'est pas habilité légalement à prendre plus de mesures pouvant être disproportionnées à l'atteinte aux libertés individuelles et collectives.

¹ [RGPD, notamment article 6](#)

² [Service Public, fiche sur secret professionnel médical](#)

³ Articles L. 1121-1, L. 1222-2 et L. 1222-3

⁴ [CNIL, fiche du 7 mai 2020](#)

⁵ [Société française de médecine du travail, fiche du 10 mai 2020](#)

⁶ [Ministère du travail, Fiche Suivi de l'état de santé des salariés](#) (mise à jour 12 mai 2020)

2. Des « adaptations » au principe liées à l'état d'urgence sanitaire

Rappel des adaptations au principe possibles avant l'état d'urgence sanitaire

L'employeur a une obligation légale de santé sécurité de leurs employés/agents conformément au Code du travail⁷ et aux textes régissant la fonction publique⁸.

Il doit prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale de vos travailleurs en mettant en place :

- des actions de prévention des risques professionnels ;
- des actions d'information et de formation ;
- une organisation et des moyens adaptés⁹.

Pour concilier cette obligation avec le respect de la vie privée du salarié ou de l'agent, le respect des libertés individuelles et collectives au travail, le Code du travail prévoit la possibilité pour l'employeur de prendre des mesures protégeant la santé et la sécurité des travailleurs justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

Ainsi, les juges¹⁰ ont accepté le contrôle de prise d'alcool et de drogues sur le lieu de travail, par dépistage (alcootest par exemple), sous des conditions strictes :

- Une mention dans le règlement intérieur, ce qui permet un dialogue avec les représentants du personnel,
- Une limitation aux seuls postes « hypersensibles » exigeants une totale maîtrise des salariés et agents, ce qui permet une stricte proportionnalité au but recherché,
- Une information des salariés et agents sur les conditions de recours à ces mesures, l'objectif poursuivi, les conditions du test, les personnes habilitées à faire passer le test (laboratoire, référent dans l'entreprise qui peut être le manager ou le responsable sécurité, le médecin du travail), les modalités de communication du résultat, le droit du salarié et de l'agent de refuser de se soumettre au test et une information sur les conséquences qui en découlent pour lui, le droit de contester les résultats.

Les adaptations au principe liées à l'état d'urgence sanitaire du COVID 19

Au titre de son obligation de santé et de sécurité, l'employeur se retrouve à participer à la lutte contre la propagation du virus dans le cadre du travail. Il est alors tenu de prendre des mesures de prévention¹¹ correspondant aux consignes diffusées par les autorités publiques.

Cette participation de l'employeur, à son niveau, peut conduire à mettre de place des mesures de connaissance de l'état de santé des salariés et agents, à l'entrée des locaux notamment.

Si elles recourent à ces pratiques, les entreprises et les administrations ne peuvent prendre aucune mesure qui porterait atteinte au respect de la vie privée de leurs salariés et agents,

⁷ particulièrement les articles [L. 4121-1](#) et [R. 4422-1](#) du Code du travail

⁸ [Décret n°82-453 du 28 mai 1982 modifié](#)

⁹ [CFE-CGC Question Réponse L'obligation générale de santé/sécurité](#)

¹⁰ [Cour Cassation 24 septembre 2015, Conseil d'état 5 décembre 2016](#)

¹¹ [CFE-CGC Question Réponse sur les mesures de prévention à prendre pour le retour au travail](#) (mise à jour 5 mai 2020)

ou visiteurs, en particulier collecter des données de santé "qui iraient au-delà de la gestion des suspicions d'exposition" au coronavirus.

Les adaptations sont donc limitées et encadrées.

Des adaptations limitées et encadrées

Les pratiques par l'employeur de connaissance de l'état de santé des salariés et agents sont limitativement définies. Sont ainsi autorisées la collecte de signalement en cas de contamination ou de suspicion de contamination. Est déconseillée mais non interdite la prise de température des salariés et agents à l'entrée des locaux. Est exclu le test obligatoire de dépistage. Il en est de même pour les questionnaires de santé.

- La collecte de signalement en cas de contamination ou de suspicion de contamination

Un salarié ou agent malade qui travaille au contact d'autres personnes (collègues et public) doit, à chaque fois qu'il a pu exposer une partie de ses collègues au virus, informer son employeur en cas de contamination ou de suspicion de contamination au virus.

Dans ce cadre, l'employeur est légitime à rappeler à ses salariés et agents, travaillant au contact d'autres personnes, leur obligation d'effectuer des remontées individuelles d'information en cas de contamination ou suspicion de contamination. Cette information est transmise aux services de santé au travail puis à l'employeur, conformément aux consignes du Ministère du travail¹². L'objectif est de permettre à l'entreprise d'adapter les conditions de travail.

Lorsque l'information est transmise à l'employeur, il importe d'avoir défini au préalable un circuit de collecte des signalements sécurisé (techniquement et sur le plan de la confidentialité) et indiquant le niveau managérial compétent (manager de proximité, service RH, direction...).

- Le traitement très circonscrit des données issues des signalements

Les employeurs ne sauraient ainsi traiter que les données strictement nécessaires à la satisfaction de leurs obligations légales et conventionnelles, c'est-à-dire nécessaires pour prendre des mesures organisationnelles (mise en télétravail, orientation vers le médecin du travail, etc.), de formation et d'information, ainsi que certaines actions de prévention des risques professionnels.

C'est pourquoi seuls peuvent être traités par l'employeur les éléments liés :

- à la date,
- à l'identité de la personne,
- au fait qu'elle ait indiqué être contaminée ou suspecter de l'être
- ainsi qu'aux mesures organisationnelles prises.

En cas de besoin, l'employeur sera en mesure de communiquer aux autorités sanitaires qui en ont la compétence, les éléments nécessaires à une éventuelle prise en charge sanitaire ou médicale de la personne exposée.

¹² [Ministère du travail Conduite à tenir en cas de suspicion de COVID 19](#) (mise à jour 7 mai 2020)

En tout état de cause, l'identité de la personne susceptible d'être infectée ne doit pas être communiquée aux autres salariés ou agents. De plus, l'employeur ne peut pas interroger ses salariés ou agents sur une potentielle contamination et rechercher d'éventuels symptômes chez un salarié ou agent et ses proches. Enfin, un salarié ou agent qui serait par exemple placé en télétravail ou qui travaillerait de manière isolée sans contact avec ses collègues ou du public, n'a pas à faire remonter cette information à son employeur. En effet, en l'absence de mise en danger d'autres personnes, les événements en lien avec une éventuelle exposition, particulièrement un arrêt de travail qui en découlerait, devront être traités conformément à la procédure normale des arrêts de travail.

- La question de la prise de température à l'entrée des locaux

Les prises manuelles de température à l'entrée d'un site *sans constitution d'un fichier ni remontée d'information* ne sont pas soumises à la réglementation sur la protection des données personnelles.

Ainsi, la seule vérification de la température au moyen d'un thermomètre manuel (tel que par exemple de type infrarouge sans contact) à l'entrée d'un site, *sans qu'aucune trace ne soit conservée, ni qu'aucune autre opération ne soit effectuée* (tels que des relevés de ces températures, des remontées d'informations, etc.), n'est pas interdit au sens de la réglementation en matière de protection des données.

Si la prise de température généralisée sans traitement des résultats n'est pas interdite au sens du RGPD, est-elle pour autant autorisée par le Code du travail, au regard du but poursuivi et de la proportionnalité à l'atteinte à la vie privée ?

Le Ministère du travail déconseille la mise en place d'une prise de température par l'employeur¹³. Il met en avant le doute de l'efficacité d'une telle mesure, au regard de la position du Haut Conseil de la Santé publique¹⁴. Le Ministère du travail préconise la prise de température par le salarié ou l'agent lui-même avant de se rendre sur son lieu de travail.

En tout état de cause, qu'en cas de suspicion d'infection, la personne concernée doit se mettre en rapport avec un professionnel de santé (services de santé au travail, médecin traitant, services d'urgence...), seul en mesure d'apprécier la capacité d'une personne à travailler ou de décider de sa prise en charge.

Si malgré toutes ces réserves, l'employeur met en place la prise de température des salariés et agents à l'entrées des locaux, des garanties doivent être respectées :

- Cette procédure doit être mise en œuvre dans le cadre de l'élaboration de notes de service valant adjonction au règlement intérieur. Le CSE doit alors être informé et consulté au titre de la modification du règlement intérieur¹⁵ ainsi qu'au titre de l'organisation du travail qui se met en place dans le cadre du déconfinement¹⁶ ;
- Cette note de service doit :
 - o Décrire les modalités de la prise de température en recourant notamment à des moyens préservant la dignité des personnes ;
 - o Préciser en quoi les mesures prises sont proportionnées à l'objectif recherché de santé et sécurité ;
 - o Rappeler toutes les garanties requises aux salariés concernés tant en matière d'information préalable en particulier sur la norme de température admise, sur

¹³ [Ministère du travail, Questions Réponses mesures de prévention](#) (mise à jour 15 mai 2020)

¹⁴ [Haut Conseil de la Santé Publique avis sur la prise de température](#)

¹⁵ [Article L. 1321-4 du Code du travail](#)

¹⁶ [Article L. 2312-8 du Code du travail](#)

les suites données au dépassement de cette norme (ex. : éviction de l'entreprise, précisions sur les démarches à accomplir, absence de collecte des données de température par l'employeur) et une information sur les conséquences d'un refus. Le contrôle de température n'étant pas recommandé, il ne dispose pas de caractère obligatoire de telle sorte que le salarié est en droit de refuser de s'y soumettre. 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.

- L'exclusion du dépistage en dehors des services de santé au travail

Le protocole de déconfinement publié par le Ministère du Travail indique que « les campagnes de dépistage organisées par les entreprises pour leurs salariés ne sont pas autorisées »¹⁷.

L'Académie Nationale de Médecine et l'Académie Nationale de Pharmacie ont également déconseillé de recourir à des tests sérologiques sur sollicitation de l'employeur, en dehors de tout cadre médical, pour éviter tout problème d'interprétation¹⁸.

L'employeur ne pourra recevoir que l'éventuel avis d'aptitude ou d'inaptitude à reprendre le travail ou l'arrêt de 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.

Pour ces raisons, les employeurs qui voudraient initier d'éventuelles démarches visant à s'assurer de l'état de santé de leurs employés doivent s'appuyer sur les services de santé au travail¹⁹ dont c'est la compétence et qui sont au cœur de la gestion de la crise sanitaire²⁰. Ils ne peuvent eux-mêmes mettre en place des fichiers relatifs à la température corporelle de leurs employés ou à certaines pathologies (les « comorbidités ») susceptibles de constituer des troubles aggravants en cas d'infection au COVID-19.

- L'exclusion des questionnaires de santé soumis par l'employeur

La CNIL confirme dans sa fiche du 7 mai sa position déjà mentionnée dans celle du 6 mars : ils sont interdits. Seul le personnel médical, dûment autorisé, peut collecter et traiter des données liées à la santé. Et ces données sont couvertes par le secret médical.

Cependant, se développent des pratiques consistant à remettre un « questionnaire santé » aux salariés et agents dont le contenu est une série de questions visant à aider la personne à s'auto-diagnostiquer.

Cette pratique, si elle se borne à être un rappel, par écrit, des symptômes à surveiller conformément aux informations communiquées par ailleurs les autorités publiques de santé et si elle ne donne lieu à aucun retour exigé par l'employeur pouvant permettre une collecte d'information de nature médicale, s'inscrit alors dans la ligne des outils licites participant à la pédagogie et à la sensibilisation de chacun aux enjeux de lutte contre la propagation du virus au travail.

¹⁷ [Ministère du Travail, Protocole de déconfinement du 9 mai 2020](#)

¹⁸ [Académies de Médecine et de Pharmacie communication 20 mai 2020](#)

¹⁹ [Ministère du Travail, Question Réponse sur les SST](#)

²⁰ [Ordonnance du 1er avril 2020](#)

- La pratique des attestations : attention à la forme et au contenu

De plus en plus d'employeur recourent à des attestations qu'ils soumettent à la signature des salariés ou agents. Ces attestations visent à prouver que l'employeur a bien transmis les consignes de santé et sécurité et que le salarié ou agent en a bien pris connaissance, à travers sa signature.

La portée juridique de cette attestation est faible dans le cadre d'une relation de subordination qu'est le contrat de travail. Le salarié est soumis au pouvoir disciplinaire de son employeur et n'a donc pas besoin d'avoir signé une attestation pour être éventuellement sanctionné s'il n'a pas respecté les consignes de santé et de sécurité prévu dans le règlement intérieur. L'employeur ne peut se décharger de son obligation de santé et sécurité en la transférant au salarié via une attestation. L'attestation consiste alors à un rappel de l'obligation de veille à la santé et à la sécurité que le salarié a à l'égard de ses collègues de travail.

Le recours aux attestations peut être un outil accessoire et complémentaire à ceux incontournables et préalables que l'employeur a mis en place pour permettre un retour au travail dans les conditions requises.

Cependant, lorsque l'employeur recourt à des attestations, il importe d'être vigilant sur le contenu de cette attestation.

Si le contenu consiste en une déclaration d'une prise de connaissance réelle, concrète et tangible des mesures de santé et de sécurité prises par l'employeur dans le cadre de la lutte contre la propagation du COVID 19 et d'un engagement de les respecter, la signature n'emporte que les effets connus déjà par le Code du travail.

En revanche, si le contenu de l'attestation concerne des données personnelles de santé, exige des informations sur l'état de santé du salarié ou de l'agent ou d'un membre de sa famille ou de son entourage, cette pratique doit respecter le principe de proportionnalité de l'atteinte à la vie privée et à l'objectif de santé et de sécurité visé. On peut considérer qu'un tel contenu ne serait pas conforme au Code du travail, les mesures prises par l'employeur au préalable justifiant déjà par elles-mêmes la conciliation entre le respect des libertés et l'obligation de santé et de sécurité.

De plus, si ces informations attestées font l'objet d'un traitement suite à la signature de l'attestation, le document doit alors respecter également la réglementation de la protection des données prévue par le RGDP. La collecte et le traitement de ces données de façon numérique ou sous format papier est par principe interdit sauf exceptions légales rappelées ci-dessus.