

95 En questions : le dépistage en entreprise, de l'éthylotest au test PCR



Benoît SÉVILLIA,
avocat associé – Drouot Avocats,
membre d'AvoSial

L'ACTUALITÉ sanitaire a fait ressurgir la question épineuse du dépistage des salariés sur le lieu de travail par l'employeur dès lors qu'il a été admis que des tests sur la Covid-19 puissent être réalisés en entreprise. L'entreprise étant le deuxième lieu de vie sociale après le cadre familial, il paraissait en effet légitime de demander à ce qu'elle participe à l'effort collectif dans la lutte menée contre la pandémie.

Au-delà de cet effort, l'employeur est soumis à une obligation de sécurité de résultat en matière de santé au travail fondée sur l'article L. 4121-1 du Code du travail (*Cass. soc.*, 30 nov. 2010, n° 09-40.160. – *Cass. soc.*, 20 mars 2013, n° 12-14.468).

Les entreprises peuvent aujourd'hui organiser dans leurs locaux des dépistages au Covid19 comme ils peuvent aussi être amenés à réaliser des tests d'alcoolémie ou d'addictologie dans des conditions très encadrées. Il y a en effet un autre enjeu : le respect des libertés fondamentales. L'employeur doit encadrer les opérations de dépistage afin de prévenir toute atteinte disproportionnée aux libertés individuelles des salariés.

Règlement intérieur, note de service, consultation du CSE, participation de la médecine du travail : les outils sont nombreux et les procédures différentes en fonction des opérations de dépistage réalisées en entreprise.

1. Quelles sont les conditions dans lesquelles un test d'alcoolémie peut être réalisé en entreprise ?

Il résulte de l'article R. 4228-20 du Code du travail qu'aucune boisson alcoolisée n'est autorisée sur le lieu de travail, autre que « le vin, le cidre, la bière et le poiré », ce qui implique que des mesures soient prises notamment par voie de règlement intérieur ou note de service pour prévenir tout accident dès lors que leur consommation porterait atteinte à la sécurité physique des salariés. Ces mesures, qui peuvent notamment prendre la forme d'une limitation voire d'une interdiction de cette consommation, doivent être proportionnées au but recherché.

L'article R. 4228-21 du Code du travail va plus loin en précisant que l'employeur doit interdire l'entrée ou le séjour sur le lieu de travail de toute personne en état d'ivresse.

Il en résulte que l'interdiction de consommer de l'alcool ne peut pas être générale et absolue mais elle doit être justifiée par une situation particulière de risque ou présentant un danger particulièrement élevé pour les salariés ou les tiers (en fonction de l'activité exercée par la société ou du poste occupé). Pour que l'employeur puisse à la fois s'assurer qu'un salarié en état d'ébriété ne peut rester dans les locaux de l'entreprise et se prémunir d'une situation de danger, il lui a été conféré le droit de pratiquer des contrôles sur le taux d'alcoolémie des salariés.

Ndlr : dans cette rubrique mensuelle « En questions », un avocat en droit social, membre d'AvoSial, présente un point de vue sur un thème d'actualité et ses implications pratiques.

Une jurisprudence constante depuis 1980 autorise en premier lieu l'employeur à exiger du salarié qu'il rapporte la preuve par tout moyen de sa sobriété lorsque cela se justifie par les fonctions qu'il occupe (CE, 1^{er} févr. 1980, n° 06361). Il peut en second lieu mettre en place un dispositif de dépistage par éthylotest, sous réserve qu'il soit prévu par le règlement intérieur ou par une note de service, mais aussi qu'il soit justifié par des conditions de travail spécifiques et un risque particulier encouru par le salarié (par exemple, salarié manipulant des produits dangereux, conduisant un véhicule, etc.) (V. Cass. soc., 24 févr. 2004, n° 01-47.000 : « les dispositions d'un règlement intérieur permettant d'établir sur le lieu de travail l'état d'ébriété d'un salarié en recourant à un contrôle de son alcoolémie sont licites dès lors, d'une part, que les modalités de ce contrôle en permettent la contestation, d'autre part, qu'eu égard à la nature du travail confié à ce salarié, un tel état d'ébriété est de nature à exposer les personnes ou les biens à un danger, de sorte qu'il peut constituer une faute grave »). Ces dispositions sont licites dès lors que les modalités du contrôle réalisé par l'employeur pouvaient être contestées et, qu'eu égard à la nature du travail confié au salarié, un état d'ébriété serait de nature à exposer les personnes et les biens à un danger (Cass. soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878).

Le contrôle peut même s'effectuer en dehors des locaux de l'entreprise si l'état d'ébriété du salarié est de nature à exposer les personnes et les biens à un danger : « ne constitue pas une atteinte à une liberté fondamentale, le recours à un contrôle d'alcoolémie permettant de constater l'état d'ébriété d'un salarié au travail, dès lors qu'eu égard à la nature du travail confié à ce salarié, un tel état d'ébriété est de nature à exposer les personnes ou les biens à un danger, et que les modalités de ce contrôle, prévues au règlement intérieur, en permettent la contestation, peu important qu'il s'effectue, pour des raisons techniques, hors de l'entreprise » (Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-25.436).

Un contrôle positif par éthylotest peut justifier un licenciement pour faute grave (Cass. soc., 24 févr. 2004, n° 01-47.000). Le salarié peut toutefois s'opposer à un éthylotest en faisant part d'une atteinte à ses droits fondamentaux. Dans un tel cas de figure, l'employeur n'a pas d'autre solution que de se mettre en contact avec un commissariat situé à proximité de l'entreprise, seuls les officiers de police judiciaire pouvant l'imposer.

D'autres modes de contrôle tels que le prélèvement sanguin ou la fouille du salarié sont encore possibles mais subordonnés à des conditions plus strictes. Le dépistage du taux d'alcool par prise de sang peut être pratiqué en effet uniquement par le médecin du travail dans le cadre de la détermination de l'aptitude médicale du salarié à son poste de travail. Il ne peut là aussi se faire qu'avec le consentement du salarié.

Pour ce qui est de la fouille, elle doit être justifiée par l'existence d'un risque particulier et doit être réalisée en présence ou avec l'accord de l'intéressé, étant précisé qu'elle doit avoir été prévue en amont, en ayant été inscrite dans le règlement intérieur.

Le licenciement d'un salarié dans le casier duquel trois canettes de bière avaient été retrouvées ne saurait être justifié si le règlement intérieur n'autorisait pas la fouille du vestiaire/casier hors de la présence de l'intéressé ou si cette fouille n'était justifiée par aucun risque ou événement particulier (Cass. soc., 11 déc. 2001, n° 99-43.030).

2. Le dépistage des salariés en matière de consommation de stupéfiants est-il aussi encadré ?

La consommation de stupéfiants dans le monde de l'entreprise s'est avérée être au fil des années une réalité préoccupante et a

conduit la jurisprudence à considérer qu'elle devait être également contrôlée au même titre que la consommation d'alcool.

Outre le principe de proportionnalité au but recherché qui s'impose également à l'employeur, lequel doit se justifier d'un tel contrôle par un risque accru du fait du poste occupé ou en vue de préserver la sécurité de tous les salariés, les conditions pour y procéder sont, là aussi, strictement encadrées, par souci de sauvegarder les libertés fondamentales du salarié.

La nécessité des dépistages de produits illicites a été notamment été admise de longue date par la Cour européenne des droits de l'homme. Elle a jugé par exemple que l'obligation pour les membres d'équipage d'un ferry ou les personnels d'entretien d'une centrale nucléaire de se soumettre à un test urinaire afin de détecter l'usage d'alcool ou de drogue était justifiée et proportionnée à l'objectif légitime d'assurer la sécurité dans ce type d'établissement (CEDH, 1^{re} ch., 7 nov. 2002, n° 58341/00. – CEDH, 1^{re} ch., 9 mars 2004, n° 46210/99).

Les employeurs doivent par ailleurs prévoir dans leur règlement intérieur des dispositions permettant ce type de contrôles. Dans un arrêt du 5 décembre 2016, le Conseil d'État a validé pour la première fois l'usage de tests salivaires pour dépister la consommation de drogues. Il a été ainsi jugé qu'il ne s'agissait pas d'un acte de biologie médicale nécessitant l'intervention d'un médecin et a validé le principe d'un tel contrôle dès lors que l'employeur est tenu au secret professionnel sur le résultat du test et que les conditions de recours au dépistage sont strictement encadrées par le règlement intérieur (CE, 4^e et 5^e ch. réunies., 5 déc. 2016, n° 394178 : *JurisData* n° 2016-026828 ; *JCP S* 2017, 1022, note Th. Noël). La licéité de ce contrôle est, comme les contrôles d'alcoolémie, soumise à l'existence de garanties suffisantes (conditions de recours opposable aux salariés ; précision sur les postes concernés ou les situations justifiant le dépistage ; conditions de contestation des résultats).

Le résultat positif du test peut conduire l'employeur à faire usage de son pouvoir disciplinaire. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'était fondée la rupture immédiate du contrat de travail contre un salarié d'une compagnie aérienne ayant consommé des drogues dures entre deux vols et se trouvant toujours sous leur emprise pendant l'exercice de ses fonctions : « Il n'avait pas respecté les obligations prévues par son contrat de travail et fait ainsi courir un risque aux passagers » (Cass. soc., 27 mars 2012, n° 10-19.915 : *JurisData* n° 2012-005656 ; *JCP S* 2012, 1245 note Ph. Rozec et B. Desandre).

3. Le dépistage de la Covid-19 en entreprise répond-il aux mêmes conditions que les tests d'alcool ou de produits illicites ?

S'il n'y a pas de portée disciplinaire liée à la politique de test sur la Covid-19 en entreprise, on retrouve les mêmes conditions protectrices pour les salariés, avec pour corollaire l'obligation de sécurité de résultat.

Dans le contexte de la pandémie mondiale de Covid-19 dont la France n'a pas été épargnée, le gouvernement a publié une circulaire interministérielle n° 2020/229 du 14 décembre 2020 relative au déploiement des tests antigéniques au sein des entreprises publiques et privées incitant les employeurs à mettre en place une campagne de dépistage volontaire au sein de l'entreprise et à y associer le service de santé au travail. Ce dispositif réglementaire a été mis en place alors qu'il avait été au départ expressément interdit aux entreprises de procéder à des campagnes de dépistage du Covid-19 pour leurs salariés, par crainte d'une intrusion excessive dans leur vie privée.

Les employeurs ont ainsi été autorisés à proposer aux salariés volontaires la possibilité d'être testés dans la stricte préservation du secret médical.

Un décret n° 2021-24 du 13 janvier 2021 est venu préciser les modalités de dépistage du virus SARS-CoV-2 qui a été confié naturellement aux services de santé au travail chargés de réaliser les tests (JCP S 2021, act. 25).

Ont été définies les personnes éligibles à un tel test antigénique : les personnes symptomatiques (dans un délai inférieur ou égal à 4 jours après le début des symptômes), les personnes asymptomatiques (cas contact) et les personnes asymptomatiques dans le cadre d'un diagnostic lorsque les professionnels de santé l'estiment nécessaire.

Pour la mise en place d'une campagne de dépistage, les entreprises doivent réaliser une déclaration préalable au représentant du département/ARS, les tests PCR ou antigéniques ne pouvant être réalisés que par un médecin du travail ou un infirmier de santé au travail.

Si les tests antigéniques peuvent être analysés par les membres du service de santé au travail, les prélèvements PCR doivent être envoyés à un laboratoire pour analyse et interprétation des résultats.

En tout état de cause, ces résultats ne peuvent être communiqués à l'employeur car ils sont couverts par le secret médical. Le décret n° 2021-24 du 13 janvier 2021 précise en effet que « l'employeur ne

peut en aucun cas avoir connaissance du résultat des tests pratiqués. Il ne peut davantage recenser les salariés qui se font tester ni enregistrer de données personnelles relatives à l'état de santé des salariés. En application du RGPD, il ne peut non plus accéder à des informations statistiques dès lors que celles-ci sont de nature à permettre d'identifier, directement ou indirectement les salariés contaminés ».

Le décret a également donné la possibilité aux médecins du travail de prescrire ou renouveler les arrêts de travail pour les travailleurs atteints ou suspectés d'infection à la Covid-19, ou encore établir un certificat médical pour les salariés vulnérables en vue de leur placement en activité partielle.

Si l'on retrouve un point commun avec les dépistages en entreprise relatifs à la consommation d'alcool ou de stupéfiants, notamment en matière de préservation des données personnelles, aucune sanction ne peut évidemment être prise contre un salarié qui refuserait de se soumettre à un test de dépistage, de même qu'il ne peut lui être interdit pour ce motif de rejoindre son poste de travail.

En conclusion, l'obligation de résultat sur la santé des salariés pesant sur l'employeur a conduit le législateur à lui conférer certains pouvoirs exceptionnels de contrôle, notamment par la mise en place d'outils spécifiques comme le dépistage. Au regard du risque d'atteinte sur les libertés fondamentales des salariés, ce droit a été strictement encadré pour qu'il soit utilisé à bon escient à titre durable en cas de risque grave pour l'entreprise (alcoolisme, drogue) ou à titre temporaire de façon exceptionnel en cas de pandémie.

L'information en continu

FORMATIONS > ÉCHOS > OPINIONS > **Textes** > SYNTHÈSE > VEILLE > TEXTES > PROJETS > SÉLECTION > DOCTRINE > SYNT

Coronavirus

96 Aides à l'embauche des travailleurs handicapés et des jeunes : de quelques ajustements

D. n° 2021-198, 23 févr. 2021 : JO 24 févr. 2021, texte n° 23

Un décret prolonge jusqu'au 30 juin 2021 la période d'ouverture de l'aide à l'embauche des travailleurs handicapés, en adaptant certaines de ces modalités : il modifie la condition d'appartenance aux effectifs de l'employeur et allonge le délai de dépôt des pièces justificatives. Il ouvre en outre le bénéfice de cette aide aux entreprises de la branche professionnelle des IEG pour leurs salariés soumis au statut national du personnel des IEG, faisant de même avec l'aide à l'embauche des jeunes.

● **Aides à l'embauche des travailleurs handicapés.** – Le décret n° 2020-1223 du 6 octobre 2020 instituant cette aide (JCP S 2020, act. 409) est modifié sur les points suivants :

– le bénéfice de l'aide – à présent dénommé aide « à la mobilisation des employeurs pour l'embauche des travailleurs handicapés » – est ouvert aux entreprises de la branche professionnelle des industries électriques et gazières (IEG) pour leurs salariés soumis au statut national du personnel des IEG ;

– la date de **conclusion du contrat** doit être comprise entre le **1^{er} septembre 2020 et le 30 juin 2021** (et non plus le 28 février 2021) ;

– le salarié **ne doit pas avoir appartenu aux effectifs de l'employeur à compter du 8 octobre 2020** (et non plus du 1^{er} septembre 2020) au titre d'un contrat n'ayant pas ouvert droit au bénéfice de l'aide.

Ces modifications s'appliquent aux **contrats de travail conclus entre le 25 février et le 30 juin 2021**.

Par ailleurs :

– lorsque le salarié précédemment lié à l'employeur par un CDD ayant ouvert droit à l'aide conclut, avant le 30 juin 2021 (et non plus 28 février 2021), un CDI ou un CDD d'une durée d'au moins trois mois, l'employeur continue à

bénéficier de l'aide, même si le salarié a perdu la qualité de travailleur handicapé au cours du précédent contrat, dans la limite du montant maximal par salarié (soit 4 000 euros) ;

– l'aide est versée sur la base d'une **attestation de l'employeur justifiant la présence du salarié**. Cette attestation, à adresser par l'intermédiaire d'un téléservice, auprès de l'Agence de services et de paiement, doit être **transmise avant les six mois** (et non plus les quatre mois) **suivant l'échéance de chaque trimestre** d'exécution du contrat.

● **Aide à l'embauche des jeunes de moins de 26 ans.** – Le décret n° 2020-982 du 5 août 2020 instituant cette aide (JCP S 2020, act. 346) stipule désormais que peuvent en bénéficier les entreprises de la branche professionnelle des IEG pour leurs salariés soumis au statut national du personnel des IEG. Sont concernés les **contrats de travail conclus entre le 25 février et le 31 mars 2021**.