



CIRCULAIRE

COVID-19 ET DONNEES DE SANTE: CADRAGE JURIDIQUE RELATIF A LA COLLECTE DE DONNEES PERSONNELLES DES SALARIES PAR LES EMPLOYEURS

De nombreux salariés ou agents s'interrogent sur les possibilités des employeurs de collecter, en dehors de toute prise en charge médicale, leurs données ou celles des visiteurs afin de déterminer si des personnes présentent des symptômes du Covid-19, ou des données relatives à des déplacements et événements pouvant relever de leur sphère privée. Cette circulaire FO-Cadres a vocation à rappeler les éléments de cadrage juridique qui s'imposent en l'état du droit.

1. L'obligation de sécurité

- *L'obligation de sécurité de l'employeur*

L'employeur est responsable de la santé et de la sécurité de ses employés/agents conformément au Code du travail et aux textes régissant la fonction publique (particulièrement les articles L. 4121-1 et R. 4422-1 du Code du travail).

A ce titre, il lui appartient de mettre en œuvre des actions de prévention des risques professionnels, des actions d'information et de formation, ainsi qu'une organisation du travail et des moyens adaptés aux conditions de travail. Ces mesures ne doivent entraîner aucune charge financière pour les travailleurs (L.4122-2).

L'employeur a donc, conformément au RGPD, le droit de traiter des données personnelles lorsqu'elles sont strictement nécessaires au respect de ses obligations légales.

Dans ce contexte, l'employeur peut être conduit :

- à rappeler à ses employés, travaillant au contact d'autres personnes, leurs obligations d'effectuer des remontées individuelles d'information les concernant en lien avec une contamination ou suspicion de contamination, auprès de lui ou des autorités sanitaires compétentes, aux seules fins de lui permettre d'adapter les conditions de travail ;
- à faciliter leur transmission par la mise en place, au besoin, de canaux dédiés et sécurisés ;
- à favoriser les modes de travail à distance et encourager le recours à la médecine du travail.

- **L'obligation de sécurité des salariés/agents**

Pour sa part, chaque salarié/agent doit veiller à préserver sa propre santé/sécurité mais également celles des personnes avec qui il pourrait être en contact à l'occasion de son activité professionnelle (article L.4122-1 du Code du travail).

En temps normal lorsqu'un employé est malade, il ne doit communiquer à son employeur que l'éventuel arrêt de maladie dont il pourrait bénéficier, sans qu'aucune autre précision sur son état de santé ou la nature de la pathologie ne soit transmise. Cependant, dans un contexte de pandémie telle que celle du COVID-19, un salarié 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.

En revanche, un salarié 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

- **Le traitement par l'employeur de ces signalements**

L'employeur ne saurait ainsi traiter que les données strictement nécessaires à la satisfaction de ses obligations légales ou 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 que les 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. En tout état de cause, l'identité de la personne susceptible d'être infectée n'a pas à être communiquée aux autres salariés ou agents.

2. Rappel sur les traitements de données relatives à la santé

S'il appartient à chacun de mettre en œuvre des mesures adaptées à la situation telles que la limitation des déplacements et des réunions ou encore le respect des mesures d'hygiène et des « gestes barrières », l'employeur ne saurait 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.

L'article L. 1121-1 du Code du travail prévoit que nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché. Il en est ainsi, par exemple, des éventuels symptômes affectant une personne (température corporelle notamment), ou encore des informations relatives à d'autres pathologies (les « comorbidités »), susceptibles de constituer des troubles aggravants en cas d'infection au Covid-19.

En raison du caractère sensible qu'elles revêtent, et conformément au RGPD, les données relatives à l'état de santé d'une personne font en effet l'objet d'une protection juridique toute particulière : elles sont en principe interdites de traitement.

Pour pouvoir être traitées, leur utilisation doit nécessairement s'inscrire dans l'une des exceptions prévues par le RGPD, garantissant ainsi l'équilibre entre la volonté d'assurer la sécurité des personnes, et le respect de leurs droits et libertés fondamentales. De plus, leur sensibilité justifie qu'elles soient traitées dans des conditions très fortes de sécurité et de confidentialité et uniquement par ceux qui sont habilités à le faire.

Les exceptions mobilisables dans le contexte du travail sont limitées et peuvent globalement relever soit de :

- la nécessité pour l'employeur de traiter ces données pour satisfaire à ses obligations en matière de droit du travail, de la sécurité sociale et de la protection sociale dans la mesure où ce traitement est autorisé par le droit de l'Union, par le droit d'un Etat membre ou par une convention collective conclue en vertu d'un droit d'un Etat membre qui prévoit des garanties appropriés pour les droits fondamentaux et les intérêts de la personne concernée (c'est le cas notamment du traitement des signalements effectués par les employés auprès de leur employeur)

- la nécessité, pour un professionnel de santé, de traiter ces données aux fins de la médecine préventive ou de la médecine du travail, de l'appréciation (sanitaire) de la capacité de travail du travailleur, de diagnostics médicaux etc.

Pour ces raisons, l'employeur qui voudrait initier d'éventuelles démarches visant à s'assurer de l'état de santé de ses salariés doivent s'appuyer sur les services de santé au travail dont c'est la compétence et qui sont au cœur de la gestion de la crise sanitaire.

Une ordonnance « adaptant les conditions d'exercice des missions des services de santé au travail à l'urgence sanitaire et modifiant le régime des demandes préalables d'autorisation d'activité partielle », a été prise en Conseil des ministres le 1er avril 2020 en application de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, et publiée au JO le 2 avril 2020.

3. Le point sur certaines pratiques

Si l'employeur peut surveiller l'état de santé de ses salariés pour s'assurer qu'aucun ne présente des signes de contagion notamment de Covid-19, il ne peut pas les obliger à transmettre chaque jour à leur hiérarchie des relevés de température et doivent s'abstenir de collecter de manière systématique et généralisée, ou au travers d'enquêtes et demandes individuelles, des informations relatives à la recherche d'éventuels symptômes présentés par un employé/agent et ses proches.

En outre **l'employeur, qui souhaite mettre en place un système de contrôle spécifique, doit en informer préalablement les salariés concernés**. En effet, aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance. **Quel que soit le dispositif utilisé ou le traitement de données personnelles mis en œuvre par l'employeur, il est indispensable d'assurer une parfaite transparence à l'égard des salariés concernés**. L'information des salariés, au-delà d'être une obligation résultant tant de la législation du travail (au travers de mesures telles que, par exemple, la tenue du fichier des signalements par les employeurs) que de ceux relatifs à la protection des données, est une composante essentielle de la gestion de la crise sanitaire et participe à la sécurité sanitaire des salariés, et au respect de leurs droits.

Les relevés de température à l'entrée des locaux

Dans une démarche de prévention des contaminations visant à écarter du milieu de travail des salariés qui auraient de la fièvre, certains employeurs peuvent souhaiter mettre en place un contrôle systématique de la température des employés et visiteurs à l'entrée de leurs locaux. Sur ce point précis il convient de relever que l'efficacité et l'opportunité de la prise de température est contestée dans la mesure où elle n'est pas un symptôme systématique du Covid-19, ou peut témoigner d'une autre infection.

A cet égard le Haut Conseil de la Santé Publique recommande de ne pas mettre en place un dépistage du Covid-19 par prise de température dans la population (<https://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=810>).

Enfin une telle pratique peut soulever certaines difficultés liées à la potentielle discrimination en raison de l'état de santé visée aux articles 225-1 et suivants du code pénal. L'employeur n'a pas le droit de se fonder sur l'état de santé du salarié pour prendre une décision le concernant (C. trav., art. L. 1132-1).

a) Relevés de température sans traitement de données personnelles

Si un dispositif de relevés de température à l'entrée des locaux de l'entreprise devait se déployer, **il convient de s'assurer qu'il s'agit d'une seule vérification de la température au moyen d'un thermomètre manuel** (tel que par exemple de type infrarouge sans contact) sans qu'aucune trace ne soit conservée, ni qu'aucune autre opération ne soit effectuée (relevés de ces températures, remontées d'informations, création de fichier, traitement automatisé etc.). **Dans ce cas, le RGPD ne sera pas d'application, pour autant que ces prises de température ne s'accompagnent pas d'un enregistrement ou d'un traitement de données personnelles. Le code du travail reste de pleine application.**

b) Relevés de température avec traitement de données personnelles

Dans le cas contraire, lorsque la vérification de la température fait l'objet d'un traitement, la température corporelle d'un individu constitue dès lors une donnée sensible relative à sa santé, justifiant qu'elle fasse l'objet d'une protection particulière. Ainsi le RGPD et la loi Informatique et Libertés s'appliquent dès lors que les relevés obligatoires de températures de chaque salarié ou visiteur seraient enregistrés dans un traitement automatisé ou dans un registre papier. Le code du travail reste de pleine application.

En l'état du droit, et sauf à ce qu'un texte en prévoit expressément la possibilité, les dispositifs permettant des relevés de température avec traitement de données personnelles sont illicites et ne peuvent être mis en œuvre : par conséquent, tout relevé de températures éventuellement détenu par les employeurs doit être effacé.

c) Relevés de température réalisés au moyens de caméras thermiques

La Cnil rappelle que la réglementation Informatique et Libertés a vocation également à s'appliquer également aux opérations de captation automatisées de température ou moyens d'outils tels que des caméras thermiques.

En l'état du droit, et sauf à ce qu'un texte en prévoit expressément la possibilité, les relevés de température réalisés au moyen de caméras thermiques sont illicites et ne peuvent être mis en œuvre : par conséquent, tout relevé de températures éventuellement détenu par les employeurs doit être effacé.

Par ailleurs l'employeur ne peut initier un relevé obligatoire des températures corporelles de chaque employé à adresser quotidiennement à sa hiérarchie. De manière générale, un employeur ne pourra prendre aucune mesure sortant du cadre du droit du travail existant ou des instructions des autorités compétentes. Bien que ces mesures ne soient pas recommandées, les entreprises peuvent prévoir un contrôle systématique de la température des personnes entrant sur leur site à condition qu'il soit mis en œuvre dans le cadre d'un dispositif d'ensemble de mesures de précaution, selon le ministère du Travail. Ces mesures peuvent faire l'objet de la procédure prévue à l'article L. 1321-5 du Code du travail qui autorise une application immédiate des obligations relatives à la santé et à la sécurité.

En tout état de cause, qu'en cas de suspicion d'infection d'un salarié, l'employeur ne peut que prendre des mesures organisationnelles et rediriger le salarié vers un professionnel de santé et vers les services de santé au travail. Le salarié concerné 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.

La réalisation de tests sérologiques et de questionnaires sur l'état de santé

Certains employeurs peuvent également souhaiter, dans une logique de protection de leurs salariés ou agents, pouvoir apprécier leur exposition au virus ou leur état de santé au moment de la reprise du travail. Il convient là aussi de rappeler 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 salariés/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 médical : 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 du salarié, d'une façon analogue au traitement des arrêts de maladie qui n'indiquent pas la pathologie dont le salarié ou agent est atteint.

En l'état du droit, et sauf à ce qu'un texte en prévoit expressément la possibilité, ces traitements basés sur la réalisation de tests sérologiques et de questionnaires sur l'état de santé sont illicites et ne peuvent être mis en œuvre : par conséquent, tout relevé de températures éventuellement détenu par les employeurs doit être effacé.

Les plans de continuité de l'activité ou « PCA »

Les entreprises et administrations peuvent également être amenées à établir un « plan de continuité de l'activité » qui a pour objectif de maintenir l'activité essentielle de l'organisation en période de crise. Ce plan doit notamment prévoir toutes les mesures pour protéger la sécurité des salariés, identifier les activités essentielles devant être maintenues et également les personnes nécessaires à la continuité du service. Il est alors possible de créer un fichier nominatif pour l'élaboration et la tenue du plan qui ne doit contenir que les données nécessaires à la réalisation de cet objectif.

Dans le cadre du RGPD l'employeur doit veiller à assurer en toute hypothèse la sécurité et la confidentialité des données qu'il traite : tel est par exemple le cas, lors de l'envoi des justificatifs de déplacement professionnel qui contiennent des données personnelles et ne doivent être communiquées qu'aux seules personnes individuellement concernées.

4. Les demandes et recommandations des autorités sanitaires

Enfin, des données de santé peuvent être collectées par les autorités sanitaires, qualifiées pour prendre les mesures adaptées à la situation, dans les limites de leurs compétences respectives. L'évaluation et la collecte des informations relatives aux symptômes du coronavirus et des informations sur les mouvements récents de certaines personnes relèvent de la responsabilité de ces autorités publiques. Dans ce cas les employeurs doivent effectuer uniquement les collectes de données sur la santé des individus qui auraient été sollicitées par les autorités compétentes.

Paris, le 7 mai 2020