



COMMENT TRAVAILLER DANS UN MONDE POST-CORONAVIRUS ? (2) ENABLING BUSINESS IN A POST CORONAVIRUS WORLD (2)

GERER LA SORTIE DE CRISE SANITAIRE

- L'épidémie de Covid-19 a précipité le monde entier dans une crise inédite avec des multiples conséquences sanitaires, sociales et économiques.
- Il y a un an, [les membres du réseau Lexing s'interrogeaient déjà](#) sur comment travailler dans un monde post-coronavirus. Aujourd'hui, alors qu'une amélioration se profile peu à peu (sous réserve de la propagation du variant Delta), et que la vaccination se généralise (donnant parfois lieu à d'âpres débats comme en témoigne le passe sanitaire en France), l'heure est venue de faire le bilan et de se pencher de nouveau sur les manières dont les entreprises peuvent gérer au mieux cette sortie de crise.
- Un employeur peut-il imposer la vaccination à ses employés ou connaître leur statut vaccinal ? Si oui, sous quelles conditions ? Qu'en est-il du passe sanitaire en France ? Quelle est la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de vaccination obligatoire ? Qu'est-ce que le « smart working » et quelles sont ses conséquences sur le droit à la déconnexion ?

Les membres du réseau Lexing® dressent un tableau de la situation actuelle à travers le monde. Les pays suivants ont contribué à ce numéro : Afrique du Sud, Australie, Belgique, France, Grèce, Italie, Luxembourg.

COVID-19 CRISIS EXIT STRATEGY

- *The Covid-19 epidemic has plunged the whole world into an unprecedented crisis with multiple health, social and economic consequences.*
- *A year ago, [the Lexing network members were already exploring](#) how to enable business in a post coronavirus world. Today, as the situation is gradually improving (subject to the Delta variant outbreak) and vaccination programs are rolled out (sometimes giving rise to heated debates, as with the health pass in France), the time has come to review the progress made and to look again at the ways in which companies can best manage and exit the health crisis.*
- *Can employers require employees to be vaccinated or ask if they are vaccinated? If so, under what conditions? What is France's health pass? What does the European Court of Human Rights say on mandatory vaccination? What is smart working and what are its impacts on the right to disconnect?*

The Lexing® network members provide a snapshot of the current state of play worldwide. The following countries have contributed to this issue: Australia, Belgium, France, Greece, Italy, Luxembourg, South Africa.

Lexing®

Lexing® est le premier réseau international d'avocats en droit du numérique et des technologies avancées. Créé sur une initiative d'Alain Bensoussan, Lexing® permet aux entreprises internationales de bénéficier de l'assistance d'avocats alliant la connaissance des technologies, des métiers et du droit qui leur sont applicables dans leurs pays respectifs.

Lexing® is the first international lawyers' network for digital and emerging law. Created on an initiative of Alain Bensoussan, Lexing® allows multinationals to benefit from the assistance of seasoned lawyers worldwide who each combines unique expertise in technology and industry with a thorough knowledge of law in their respective country.

<https://lexing.network>     



ISABELLE CHIVORET

Directrice Santé numérique du cabinet
Lexing Alain Bensoussan-Avocats

Managing Associate, Digital Health
of Lexing Alain Bensoussan-Avocats





▪ Comme la plupart des pays du monde, l'Afrique du Sud est touchée par la pandémie de coronavirus. Le programme national de vaccination ayant pris du retard, toutes les entreprises ne sont pas encore prêtes à accueillir de nouveau leurs employés sur leur lieu de travail. Dans ce contexte, le ministère du travail a publié une directive à l'intention des employeurs qui souhaitent mettre en place une politique de vaccination obligatoire.

La pandémie en Afrique du Sud

▪ Alors que la Covid-19 continue de sévir dans le monde pour la deuxième année consécutive, les employeurs se sont adaptés pour permettre la continuité de leurs activités. À l'exception des entreprises qui relèvent des services essentiels, de nombreuses organisations ont ainsi mis en place le travail à distance afin que des milliers d'employés puissent continuer à travailler malgré les différentes mesures de confinement.

▪ Le gouvernement sud-africain a également instauré un programme national de vaccination contre la Covid-19. Ce programme, qui se déroule en trois phases, a pour ambition de vacciner au moins 67 % de la population. Même si l'Afrique du Sud n'en est actuellement qu'à la phase 2 de ce programme, de nombreuses entreprises ont néanmoins déjà rouvert leurs portes.

La directive du ministère du travail pour lutter contre la Covid-19

▪ Au lendemain de la crise sanitaire, et afin d'endiguer la pandémie, le ministère du travail avait publié une directive destinée aux employeurs détaillant les mesures à prendre pour prévenir et combattre la propagation de la Covid-19 sur les lieux de travail.

▪ Par la suite, en juin 2021, une directive consolidée sur les mesures de santé et de sécurité au travail pendant la Covid-19 **(1)** est venue encadrer, par des lignes directrices, la vaccination obligatoire des employés. Les tribunaux et d'autres intervenants (conciliateurs, arbitres) peuvent également s'appuyer sur ce texte pour déterminer le caractère équitable d'une politique de vaccination obligatoire et accompagner sa mise en œuvre.

▪ Cette directive a pour but de protéger trois intérêts :

- les exigences en matière de santé publique,
- les droits constitutionnels des employés, et
- le fonctionnement efficace de l'entreprise de l'employeur.

Les lignes directrices sur la vaccination obligatoire des employés

▪ Les employeurs qui décident de rendre obligatoire la vaccination contre la Covid-19 sont tenus d'adapter leurs politiques afin de se conformer à ces lignes directrices. Le ministère exhorte ainsi les employeurs à prendre les mesures suivantes :

- Identifier les employés qui doivent obligatoirement se faire vacciner, par exemple en raison de leur âge, d'une condition médicale préexistante ou d'une comorbidité, ou de la nature de leur travail ;

(1)
https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/202106/44700reg11292gon499.pdf

- Informer les employés de leur droit de refuser de se faire vacciner pour des raisons constitutionnelles ou médicales ;
- Assurer le transport des employés vers et depuis le lieu de vaccination ;
- Orienter les employés vers une évaluation médicale plus poussée au cas où ils ressentiraient des effets secondaires du vaccin ;
- Prendre des mesures d'adaptation pour les employés qui ne peuvent se faire vacciner, par exemple en modifiant leur poste ou leur environnement de travail, afin qu'ils puissent conserver leur emploi sans avoir à se faire vacciner.

Les conséquences de la directive à l'égard des employés

▪ La directive confère un certain nombre de droits et d'obligations aux employés. Par exemple :

- un employé doit se faire vacciner lorsqu'une vaccination est possible ;
- un employé a le droit de refuser de se faire vacciner pour des raisons constitutionnelles ou médicales ;
- s'il ne peut se faire vacciner pour des raisons constitutionnelles ou médicales, l'employé peut consulter un représentant hygiène et sécurité, un délégué du personnel ou un responsable syndical pour obtenir de l'aide ;
- un employé qui subit des effets secondaires après s'être fait administrer un vaccin peut bénéficier d'un congé payé pour se rétablir.

Le monde du travail postpandémie

▪ Plusieurs entreprises, comme les banques et les cabinets d'avocats, ont d'ores et déjà pris des mesures pour prolonger indéfiniment le travail à distance. Toutefois, dans certains secteurs d'activité, tels que les secteurs de l'exploitation minière, de la santé ou de la sécurité, le télétravail n'est pas envisageable. Dans ce cas, le droit du travail prévoit des protections contre la perte d'emploi.

▪ Le rapport King IV intitulé « Une politique responsable face à la COVID-19 » (2) conseille les dirigeants sur les bonnes pratiques de gouvernance à adopter pour sortir de la crise sanitaire. Il les invite à faire évoluer leur culture et valeurs d'entreprise pour les aligner sur les nouvelles valeurs et priorités du marché. Il recommande également, outre une supervision adéquate et la définition d'une stratégie, une réévaluation de l'équipe de direction afin de déterminer si celle-ci possède les aptitudes, les compétences et l'expérience nécessaires pour faire face à la crise. Ce document, qui accorde une grande importance au capital humain, incite les dirigeants à reconnaître toute la valeur qu'apporte leurs employés à leur organisation et à bien mesurer les répercussions que va avoir, à court et à long terme, la Covid-19 sur leur personnel.

▪ Compte tenu du retard pris dans le déploiement de la vaccination, il est pour l'instant difficile de savoir à quoi ressemblera l'environnement de travail post-Covid en Afrique du Sud. Il conviendra, avant tout, de suivre l'efficacité dans le temps des différents vaccins. Des directives supplémentaires du gouvernement à l'issue du programme de vaccination permettront ensuite de déterminer plus précisément la marche à suivre pour la gestion de la sortie de crise sanitaire.

(2) <https://www.michalsons.com/blog/good-governance-in-a-time-of-covid-19-and-turmoil/44023>

JOHN GILES

south-africa@lexing.network



▪ Like most countries, South Africa continues to suffer under the pandemic. With a delayed vaccine rollout programme, employers are not yet ready to receive employees in the workplace. The Department of Labour published a guideline for employers who want to have a compulsory vaccine policy.

The pandemic in South Africa

▪ As COVID-19 continues to plague the world for a second consecutive year, employers across the globe have responded by realigning their business environments to enable business continuity. Barring companies that fall within the scope of essential services, many organisations have adopted work-from-anywhere policies enabling thousands of employees to maintain a living despite varied stages of a national lockdown.

▪ The Government has also rolled out a national COVID-19 vaccine programme. The programme will take place in 3 phases to provide vaccinations to a minimum of 67% of the population. While South Africa is still on phase 2 of its vaccine rollout programme, many employers have long opened doors to receive staff again.

The Department of Labour's directive to combat COVID-19

▪ In the wake of the pandemic, the Department of Labour published a directive aimed at employers and provides measures to prevent and combat the spread of COVID-19 in certain workplaces.

▪ In a new regulatory development in June 2021, the Department gazetted a consolidated directive on occupational health and safety measures during COVID-19 (1). The directive includes a guideline for employers who intend to make the COVID-19 vaccination compulsory for staff. Conciliators, arbitrators, and the courts may also refer to the guideline to determine the fairness of a mandatory vaccination policy and support its implementation.

- The guideline protects three interests:
 - Public health requirements,
 - The constitutional rights of employees, and
 - The efficient operation of the employer's business.

Guidelines for employers who want a compulsory vaccine policy

▪ Employers who decide to make the COVID-19 vaccination compulsory for employees should adapt their policies to adhere to the guideline. The Department provided a few recommended actions that employers should take:

- Identify employees who should receive the vaccine. For example, consider staff who may be susceptible to contracting COVID-19 because of age, a pre-existing medical condition or co-morbidity, or the nature of their work.
- Inform employees of their right to refuse the vaccine on constitutional or medical grounds.
- Provide transport to and from the vaccination site.

(1)

https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/202106/44700req11292gon499.pdf

- Refer the employee for further medical evaluation if they experience side effects from the vaccine.
- Accommodate employees who cannot receive the vaccine. For example, modify or adjust the job or work environment so that the employee does not have to be vaccinated and can remain employed.

The guideline impacts employees directly

- Employees have certain rights and obligations under the guideline. For example:
 - They must take the vaccine when it becomes available.
 - An employee has the right to refuse the vaccine on constitutional or medical grounds.
 - If they are unable to receive the vaccine on constitutional or medical grounds, an employee can consult a health and safety representative, workplace representative or trade union official for assistance.
 - Employees experiencing side effects after receiving a vaccine may receive paid time off to recover.

Beyond the pandemic

- Several organisations like banks, law firms, and other corporates have already taken measures to extend remote working indefinitely. However, in some industries like mining, health, and security remote working is not possible. Certain labour laws provide some protection against loss of employment.
- The King IV paper called “Responsible Leadership in Responding to COVID-19” (2) also provides guidance to leaders on good governance practices to adopt to steer their organisations through the pandemic. The paper calls on leaders to align their workplace culture and values with the changing market values and priorities. It also recommends adequate oversight, setting policy and direction, and reassessing whether the management team has the skills, competency, and experience to deal with the crisis. The King paper places huge value on human capital. Leaders should acknowledge the importance of their employees to the organisation, whilst fully understanding the short- and long-term impact of COVID-19 on employees.
- With a delay in the vaccine rollout programme, there is little guidance from a regulatory perspective to suggest what a working environment beyond COVID-19 will look like. As a first step, the efficacy of the different vaccines would have to be monitored over time. Further communication from Government following the completion of the vaccine programme would inform the way forward for the country.

(2) <https://www.michalsons.com/blog/good-governance-in-a-time-of-covid-19-and-turmoil/44023>

JOHN GILES

south-africa@lexing.network



Vaccins Covid-19 et vie privée – Les entreprises peuvent-elles demander à leurs employés de révéler leur statut vaccinal ?

- Alors que le Comité australien de protection de la santé a récemment été saisi en vue de reconsidérer sa précédente décision de ne pas rendre obligatoire la vaccination contre la Covid-19 pour les professionnels de santé travaillant avec des personnes âgées, et que, compte tenu de l'évolution de l'épidémie en Nouvelle-Galles du Sud et au Queensland, la demande d'accélérer le déploiement du vaccin contre la Covid-19 en Australie se fait de plus en plus pressante, il est important pour les entreprises de bien appréhender la complexité de la question vaccinale.
- Dans le prolongement de la décision *Barber v Goodstart* par laquelle la Commission du travail équitable avait confirmé la rupture du contrat de travail d'une assistante maternelle qui avait refusé de se faire vacciner contre la grippe (1), le présent article détaille les éléments à prendre en compte par les entreprises pour gérer les vaccinations Covid-19 de leurs employés au regard de la loi sur la protection de la vie privée de 1988 (Cth) (**Privacy Act**) et des principes australiens de protection de la vie privée (**APP**).

Les entreprises ont-elles le droit de demander à leurs employés s'ils ont été vaccinés contre la Covid-19 ?

- Les informations relatives à l'état de vaccination contre la Covid-19 sont des données de santé. En vertu de la loi australienne sur la protection de la vie privée, les données de santé sont considérées comme des informations sensibles, et bénéficient donc de protections renforcées.
- Ainsi, les entreprises ne sont autorisées à collecter des informations sur le statut vaccinal au regard de la Covid-19 que si la collecte est autorisée par le principe n°3 des APP. Conformément à ce principe, et sauf si la loi l'exige ou l'autorise, les données sensibles relatives à une personne ne peuvent faire l'objet d'une collecte que si :
 - la collecte de données sensibles est raisonnablement nécessaire pour une ou plusieurs des fonctions ou activités de l'employeur ; et
 - l'employé consent à la collecte de ces informations sensibles.
- « Raisonnablement nécessaire pour les fonctions ou activités d'une entreprise ». Pour remplir le caractère « raisonnablement nécessaire » de la collecte en vertu des principes n°3.1 et 3.2 des APP, les entreprises doivent avoir une raison claire et justifiable de collecter des données concernant le statut vaccinal au regard de la Covid-19.
- La prévention ou la gestion de la Covid-19 dans l'entreprise peut, ou non, être considérée « raisonnablement nécessaire » pour les fonctions ou activités de l'entreprise, au regard des facteurs suivants :

(1) [Barber v Goodstart – can employers now mandate vaccinations in the workplace?](#), gadens.com, 28-4-2021

- l'existence d'un avis de santé publique recommandant la collecte du statut vaccinal au regard de la Covid-19 afin de gérer la santé et la sécurité sur le lieu de travail ;
- les risques pour la santé et la sécurité propres au secteur ou à l'industrie de l'entreprise ; et
- les lois applicables sur le lieu de travail et les obligations contractuelles.

▪ Consentement. Les personnes (qu'elles soient des employés, des prestataires ou des visiteurs de l'entreprise) doivent donner leur consentement, de manière libre, éclairée, actuelle et spécifique, à la collecte de leur statut vaccinal au regard de la Covid-19. En pratique, cela signifie que les entreprises informent les personnes des raisons pour lesquelles elles collectent ces informations et sur la manière dont elles vont les utiliser.

▪ Il convient de faire particulièrement attention à l'asymétrie d'information entre, d'une part, les entreprises et, d'autre part, les employés ou les prestataires, et s'assurer que ces derniers soient bien en mesure de donner ou de refuser leur consentement.

▪ « Sauf si la loi l'exige ou l'autorise ». Dans certains cas limités, une disposition légale peut obliger ou autoriser une entreprise à collecter des informations sensibles sans avoir à obtenir le consentement de la personne concernée. Afin de déterminer si elles sont tenues de collecter le statut vaccinal des individus au regard de la Covid-19, les entreprises sont invitées à se référer aux ordonnances de santé publique pertinentes du Commonwealth, de l'État ou du Territoire.

Lorsque les entreprises collectent des données sur le statut vaccinal au regard de la Covid-19, quelles informations doivent-elles fournir à leurs employés ?

▪ Lorsqu'une entreprise décide de collecter des informations sur le statut vaccinal de ses employés, elle doit se conformer à ses obligations en vertu du principe n°5 des APP. L'APP 5 exige des entreprises qu'elles prennent des mesures raisonnables pour fournir à leurs employés certaines informations obligatoires, telles que :

- l'existence et les circonstances de la collecte ;
- si la collecte est requise ou autorisée par la loi ; et
- les finalités de la collecte.

▪ Cette exigence est généralement satisfaite au moyen d'une déclaration relative à la collecte de données (*privacy collection statement*).

L'exemption relative aux dossiers des employés s'applique-t-elle aux dossiers sur le statut vaccinal au regard de la Covid-19 ?

▪ La loi australienne sur la protection de la vie privée ne s'applique pas aux dossiers des employés si, et dans la mesure où, les données personnelles qui y sont contenues sont directement liées à :

- la relation de travail actuelle ou passée entre un employeur et son employé ; et

- un dossier d'employé détenu par un employeur concernant l'employé.
- Les entreprises doivent toutefois faire attention : toutes les informations recueillies par une entreprise sur le statut vaccinal de ses employés au regard de la Covid-19 ne seront pas forcément considérées comme relevant d'un dossier d'employé. En outre, l'exemption relative aux dossiers des employés ne s'applique **pas** relativement aux candidats, aux prestataires, aux sous-traitants ou aux bénévoles.
- Par ailleurs, l'étendue de l'exemption accordée aux dossiers des employés a fait l'objet d'un débat en 2019 dans le cadre de l'affaire *Lee v Superior Wood* (2). Dans cette espèce, qui portait sur la licéité d'une instruction demandant à un employé de consentir à une identification biométrique, la Cour a estimé que les APP s'appliquent aux informations des employés dès le moment de leur collecte, après quoi l'exemption relative aux dossiers des employés est applicable. Les employeurs sont donc tenus de se conformer aux principes n°3 et n°5 des APP pour ce qui concerne la collecte des informations personnelles des employés.
- Dans ce contexte, et sauf à ce que le Commissariat australien à l'information (OAIC) ne publie des directives supplémentaires prononçant une exemption générale au vu de la situation, une approche prudente consisterait à demander le consentement des employés avant de collecter des données relatives à leur statut vaccinal au regard de la Covid-19.

(2) *Lee v Superior Wood*
[2019] FWCFB 2946

Quelles sont les autres considérations à prendre en compte par les entreprises ?

- Nonobstant l'exemption relative aux dossiers des employés, qui pourrait trouver à s'appliquer le cas échéant, les entreprises sont invitées à mettre en œuvre, à l'égard du statut vaccinal, les bonnes pratiques en matière de protection de la vie privée, et notamment à :
 - limiter la collecte, l'utilisation ou la divulgation de ces données personnelles à ce qui est raisonnablement nécessaire à la prévention et à la gestion de la Covid-19 ;
 - garder ces données actuelles et à jour et de manière sécurisée ; et
 - conserver ces données uniquement pour la période raisonnablement nécessaire à la prévention et à la gestion de la Covid-19.
- Enfin, les entreprises devraient également se garder de faire des déclarations publiques concernant le statut vaccinal de leurs employés, par exemple dans le cadre de communications promotionnelles ou publicitaires, car ces usages pourraient ne pas correspondre à la finalité principale pour laquelle les données à caractère personnel pertinentes ont été recueillies auprès des personnes concernées.
- Pour de plus amples informations, les chefs d'entreprise peuvent consulter les guides de l'OAIC intitulés « Vaccination contre le coronavirus (COVID-19) : comprendre vos obligations en matière de vie privée à l'égard de vos employés » et « Vaccinations COVID-19 : mes droits à la vie privée en tant qu'employé » (3).

(3) Guides OAIC : [Coronavirus \(COVID-19\) Vaccinations: Understanding your privacy obligations to your staff et COVID-19: Vaccinations and my privacy rights as an employee](#)

DUDLEY KNELLER
&
RAISA BLANCO

australia@lexing.network



**COVID-19 vaccinations and privacy –
what can businesses ask individuals about COVID-19 vaccinations?**

▪ *The Australian Health Protection Principal Committee has recently been requested to reconsider its previous decision against mandating COVID-19 vaccinations for aged care workers. Given the most recent outbreaks in New South Wales and Queensland, and the growing call for accelerating the COVID-19 vaccine roll-out in Australia, businesses will need to be aware of the complexity in managing COVID-19 vaccinations.*

▪ *Further to our article Barber v Goodstart – can employers now mandate vaccinations in the workplace? (1), we discuss the issues under the Privacy Act 1988 (Cth) (Privacy Act) and the Australian Privacy Principles (APPs) that businesses should consider when managing COVID-19 vaccinations as part of their operations.*

Can businesses ask individuals if they have received COVID-19 vaccinations?

▪ *Businesses should be aware that information about individuals' COVID-19 vaccination status is health information, which is considered sensitive information under the Privacy Act. Sensitive information imposes higher privacy protections under the Privacy Act.*

▪ *Businesses are only permitted to collect information about individuals' COVID-19 vaccination status if the collection is permitted under APP 3. APP 3 sets out the following requirements for collecting sensitive information about an individual, unless required or authorised by law:*

- *the collection of the sensitive information is reasonably necessary for one or more of the employer's functions or activities; and*
- *the employee consents to the collection of the sensitive information.*

▪ *Reasonably necessary for a business's functions or activities. Businesses should have a clear and justifiable reason for collecting individuals' COVID-19 vaccination status information in order to reach the 'reasonably necessary' threshold under APP 3.1 and AP 3.2.*

▪ *Preventing or managing COVID-19 in the business may be 'reasonably necessary' for a business's functions or activities, however this will depend on the following factors:*

- *whether there is public health advice that recommends the collection of COVID-19 vaccination status for managing workplace health and safety;*
- *the health and safety risks in the business's specific sector or industry; and*
- *applicable workplace laws and contractual obligations.*

▪ *Consent. Individuals (including employees, contractors, and visitors) must provide adequately informed, voluntary, and current and specific consent to the collection of their COVID-19 vaccination status. This means that businesses must*

(1) [Barber v Goodstart – can employers now mandate vaccinations in the workplace?](#) gadens.com, 28-4-2021

give individuals information as to why the business is collecting this information and the use for that information.

- Further, businesses should be aware of the power imbalance between themselves and employees or contractors, and give employees or contractors a genuine opportunity to provide or withhold consent.
- Required or authorised by law. There may be limited circumstances where a business may collect sensitive information without consent, as required or authorised by law. Businesses should monitor Commonwealth, State or Territory public health orders to determine whether businesses are required to collect COVID-19 vaccination status of individuals.

If businesses are collecting COVID-19 vaccination status records, what notices should businesses provide to individuals?

- If businesses decide to collect COVID-19 vaccination status information, businesses must comply with their obligations under APP 5. APP 5 requires businesses to take reasonable steps to notify employees of certain prescribed information, including:
 - the fact and circumstances of collection;
 - whether the collection is required or authorised by law; and
 - the purposes of collection.
- This requirement is generally met by providing an appropriately drafted privacy collection statement.

Does the employee records exemption apply to COVID-19 vaccination status records?

- The employee records exemption under the Privacy Act only applies to personal information that is directly related to:
 - the current or former employment relationship between an employer and their employee; and
 - an employee record held by an employer relating to the employee.
- Depending on the information a business collects as part of its COVID-19 vaccination status records, not all information relating to its employees may be considered an 'employee record'. Further, businesses should be aware that the employee records exemption does **not** apply to prospective employees, contractors, subcontractors or volunteers.
- We also note that the scope of the employee records exemption was discussed in *Lee v Superior Wood* in 2019 (2). While the subject matter of the case related to whether a direction requiring an employee to consent to biometric scanning is a lawful direction, the Court held that the Australian Privacy Principles apply to employee information from the point of collection, after which the employee records exemption applies. Employers are therefore required to comply with APP 3 and APP 5 in respect of the collection of employees' personal information.

(2) *Lee v Superior Wood*
[2019] FWCFCB 2946

▪ *On this basis, a cautious approach would be to seek the consent of employees prior to collecting COVID-19 vaccination status records, unless there is further guidance released by the Office of the Australian Information Commissioner that a 'permitted general situation' exemption applies.*

What other considerations should businesses take into account?

▪ *Notwithstanding the employee records exemption where relevant, businesses should apply good privacy practice to their COVID-19 vaccination status records, including to:*

- *limit the collection, use or disclosure of such personal information to what is reasonably necessary to prevent and manage COVID-19;*
- *keep such personal information secure, current and up-to-date; and*
- *only retain such personal information for the period reasonably necessary to prevent and manage COVID-19.*

▪ *Businesses should also beware of making any public statements regarding COVID-19 vaccination status, such as for promotional or advertising communications, which could fall outside the primary purpose for which any relevant personal information was collected from individuals.*

▪ *For further information, we suggest that businesses review the OAIC's Coronavirus (COVID-19) Vaccinations: Understanding your privacy obligations to your staff and COVID-19: Vaccinations and my privacy rights as an employee for further guidance (3).*

(3) OAIC's [Coronavirus \(COVID-19\) Vaccinations: Understanding your privacy obligations to your staff and COVID-19: Vaccinations and my privacy rights as an employee guidance](#)

DUDLEY KNELLER
&
RAISA BLANCO

[australia@
lexing.network](mailto:australia@lexing.network)



Employeurs – Quelles possibilités de connaître le statut vaccinal des travailleurs ?

- **Donnée relative à la santé.** L'état de vaccination est une donnée relative à la santé. Son traitement par l'employeur est donc en principe interdit par le RGPD. Les seules exceptions sont le consentement explicite du travailleur, ou la nécessité pour l'exécution d'obligations de l'employeur en matière de droit du travail, de sécurité sociale et de protection sociale.
- **Consentement pas suffisamment libre de la part du travailleur** Malheureusement, en raison de la position de subordination du travailleur, son consentement ne sera pas considéré comme suffisamment libre pour être valide au sens du RGPD car un travailleur pourrait subir une pression pour accorder son consentement.
- **Obligations légales de sécurité et santé au travail ?** A ce jour, aucune disposition de droit belge (en ce compris de convention collective de travail) n'autorise l'employeur à interroger son personnel sur son statut vaccinal. La loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail met uniquement à charge de l'employeur une obligation de veiller à ce que le travail s'accomplisse dans des conditions convenables au niveau de la sécurité et de la santé des travailleurs. Ce type de formulation générale ne suffit pas à justifier un traitement sur le pied de l'article 9.2. du RGPD. Il est utile de vérifier ce qu'il en est dans chaque pays de l'UE.
- **Interroger le médecin du travail ?** Le secret professionnel du médecin du travail s'oppose également à ce qu'il communique des renseignements médicaux à l'employeur.
- **Et si le travailleur a pris congé pour se faire vacciner ?** Afin d'obtenir un congé (dénommé « petit chômage ») pour se rendre à son rendez-vous de vaccination, le travailleur doit uniquement *présenter* à l'employeur l'invitation à la vaccination. L'employeur ne peut pas en prendre copie, ni retranscrire l'information, à l'exception du moment du rendez-vous. Il ne peut pas enregistrer de motif précis justifiant cette absence outre la mention « petit chômage ».
- **Et une simple question orale ?** L'employeur pourrait penser que le fait de collecter ce renseignement oralement sans le consigner par écrit le ferait échapper à l'application du RGPD. C'est exact, mais c'est loin d'être la panacée pour autant. En effet, le Code de droit pénal social pénalise la récolte, même orale, de renseignements par l'employeur dans le but d'obtenir des données sur l'état de santé du travailleur à d'autres fins que l'appréciation de leur capacité de travail.
- **Conclusion.** L'employeur ne peut donc pas questionner les membres de son personnel sur leur statut vaccinal, même oralement.

APD, Traitement de données de vaccination dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 (disponible sur <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/themes/covid-19/vaccination>)

APD, Avis n° 25/2021 du 8 mars 2021 concernant un avant-projet de loi accordant un droit au petit chômage aux travailleurs afin de recevoir un vaccin contre le coronavirus COVID-19 (disponible sur <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/avis-n-25-2021.pdf>).

Loi du 28 mars 2021 accordant un droit au petit chômage aux travailleurs afin de recevoir un vaccin contre le coronavirus COVID-19 (disponible sur <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2021/03/28/2021201597/justel>)

FANNY COTON
&
WIVINE SAINT-REMY
belgium@lexing.network



Employers – Can you ask your employees if they're vaccinated?

- **Health data.** Vaccination status is data concerning health. Its processing by the employer is therefore in principle prohibited by the GDPR, except with the explicit consent of the employee, or in case the processing is necessary for the purposes of carrying out the obligations of the employer in the field of employment and social security and social protection law.
- **Not sufficiently freely given consent from the employee.** However, due to the employer/employee relationship, the employee's consent will not be considered sufficiently free to be valid within the meaning of the GDPR because an employee could be pressured to give consent.
- **Legal obligations related to occupational health and safety?** To date, there is no provision under Belgian law (including collective bargaining agreements) that allows employers to ask employees about their vaccination status. The Act of 3 July 1978 on the Employment Contract only requires the employer to ensure that work is carried out under suitable conditions with regard to the health and safety of the workers. This type of general language is not sufficient to justify processing under Article 9(2) of the GDPR. It would be useful to check what the situation is in each EU country.
- **Asking the occupational physician?** The occupational physician's professional secrecy prohibits them from sharing medical information with the employer.
- **What if the employee has taken time off work to be vaccinated?** In order to obtain short leave (called "petit chômage" in Belgium) to go to the vaccination appointment, the employee only needs to **present** the employer with the appointment confirmation. The employer cannot take a copy of the confirmation or transcribe the information, except for the time of the appointment. The employer may not record any specific reason for the absence other than the words "petit chômage".
- **What about a simple oral question?** Employers might think that collecting this information orally without recording it in writing would exempt them from the GDPR. That's right, but it is far from a panacea as the Belgian Code of Social Criminal Law penalizes the collection, even orally, of information by the employer in order to obtain data on the health status of the employee for purposes other than the assessment of their capacity to work.
- **Conclusion.** In Belgium, employers cannot ask their employees about their vaccination status, even orally.

APD, Traitement de données de vaccination dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 (disponible sur <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/themes/covid-19/vaccination>)

APD, Avis n° 25/2021 du 8 mars 2021 concernant un avant-projet de loi accordant un droit au petit chômage aux travailleurs afin de recevoir un vaccin contre le coronavirus COVID-19 (disponible sur <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/avis-n-25-2021.pdf>).

Loi du 28 mars 2021 accordant un droit au petit chômage aux travailleurs afin de recevoir un vaccin contre le coronavirus COVID-19 (disponible sur <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2021/03/28/2021201597/justel>)

FANNY COTON
&

WIVINE SAINT-REMY

belgium@lexing.network



Focus sur le passe sanitaire en France

- En Europe, le règlement relatif au certificat COVID numérique de l'UE est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2021 afin de faciliter l'exercice du droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres **(1)**.
- En France, le passe sanitaire est utilisé depuis le 9 juin 2021 pour accéder à certains rassemblements ou événements. Il est interopérable avec le schéma du certificat numérique COVID de l'UE.
- Le 12 juillet dernier, en raison notamment de la circulation du variant Delta, le Président de la République française a annoncé de nouvelles mesures sanitaires concernant l'extension du passe sanitaire.

Le point sur l'autorisation légale du passe sanitaire en France

- L'utilisation du passe sanitaire est aujourd'hui encadrée au plan juridique par la loi du 31 mai 2021 de gestion de la sortie de crise sanitaire **(2)** et par son décret d'application du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire (lequel est régulièrement amendé) **(3)**.
- Selon la loi précitée, le passe sanitaire consiste à présenter l'une des trois preuves suivantes (au format numérique – via l'application [TousAntiCovid](#) – ou sous format papier) : un justificatif de statut vaccinal concernant la Covid-19 ; le résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la Covid-19 ; un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la Covid-19.
- L'article 1^{er} de la loi précitée prévoit qu'à compter du 2 juin 2021 et jusqu'au 30 septembre 2021 inclus, le Premier ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 :

- « 1° imposer aux personnes souhaitant se déplacer à destination ou en provenance du territoire hexagonal, de la Corse ou de l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution de présenter [le passe sanitaire] ;

2° subordonner l'accès des personnes à certains lieux, établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes pour des activités de loisirs ou des foires ou salons professionnels à la présentation [du passe sanitaire]. »

Les lieux concernés par l'utilisation du passe sanitaire en France

- Selon le décret du 7 juin 2021, modifiant le décret d'application du 1^{er} juin 2021 (« Décret d'application ») **(4)**, l'utilisation du passe sanitaire a été exigée pour pouvoir accéder à certains établissements ou événements rassemblant au moins 1000 personnes.

(1) Règlement (UE) 2021/953 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2021 relatif à un cadre pour la délivrance, la vérification et l'acceptation de certificats COVID-19 interopérables de vaccination, de test et de rétablissement (certificat COVID numérique de l'UE) afin de faciliter la libre circulation pendant la pandémie de COVID-19 ([lien](#))

(2) Loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire ([lien](#))

(3) Décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ([lien](#)).

(4) Décret n° 2021-724 du 7 juin 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ([lien](#)).

▪ Selon le décret du 8 juillet 2021, modifiant le Décret d'application, son utilisation a été étendue aux discothèques, sans considération de cette limite de 1000 personnes **(5)**.

▪ Selon le décret du 19 juillet 2021, modifiant le Décret d'application, l'utilisation du passe sanitaire a été considérablement étendue **(6)**. Le texte prévoit désormais que depuis le 21 juillet 2021, le passe sanitaire doit être présenté pour l'accès aux lieux suivants lorsqu'ils accueillent plus de 50 personnes :

- « 1° Les établissements relevant des catégories mentionnées par le règlement pris en application de l'article R.123-12 du code de la construction et de l'habitation figurant ci-après, pour les activités culturelles, sportives, ludiques ou festives et les foires ou salons professionnels qu'ils accueillent :

« a) Les salles d'auditions, de conférences, de projection, de réunions, de spectacles ou à usages multiples, relevant du type L ;

« b) Les chapiteaux, tentes et structures, relevant du type CTS ;

« c) Les établissements mentionnés au 10° de l'article 34 et au 6° de l'article 35, relevant du type R, lorsqu'ils accueillent des spectateurs extérieurs ;

« d) Les salles de jeux et salles de danse, relevant du type P, ainsi que les établissements mentionnés au 1° de l'article 40 pour les activités de danse qu'ils sont légalement autorisés à proposer ;

« e) Les établissements à vocation commerciale destinés à des expositions, des foires-expositions ou des salons ayant un caractère temporaire, relevant du type ;

« f) Les établissements de plein air, relevant du type PA ;

« g) Les établissements sportifs couverts, relevant du type X ;

« h) Les établissements de culte, relevant du type V, pour les événements mentionnés au V de l'article 47 ;

« i) Les musées et salles destinées à recevoir des expositions à vocation culturelle ayant un caractère temporaire, relevant du type Y, sauf pour les personnes accédant à ces établissements pour des motifs professionnels ou à des fins de recherche ;

« j) Les bibliothèques et centres de documentation relevant du type S, à l'exception, d'une part, des bibliothèques universitaires et des bibliothèques spécialisées et, sauf pour les expositions ou événements culturels qu'elles accueillent, de la Bibliothèque nationale de France et de la Bibliothèque publique d'information et, d'autre part, des personnes accédant à ces établissements pour des motifs professionnels ou à des fins de recherche ;

« 2° Les événements culturels, sportifs, ludiques ou festifs organisés dans l'espace public ou dans un lieu ouvert au public et susceptibles de donner lieu à un contrôle de l'accès des personnes ;

« 3° Les navires et bateaux mentionnés au II de l'article 7. »

(5) Décret n° 2021-910 du 8 juillet 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ([lien](#))

(6) Décret n° 2021-955 du 19 juillet 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ([lien](#)).

L'extension à venir de l'utilisation du passe sanitaire en France

▪ Par ailleurs, un projet de loi déposé par le Conseil des ministres a été définitivement adopté par le Parlement français selon la procédure accélérée le 26 juillet dernier **(7)** (selon la procédure accélérée, le texte fait l'objet d'un seul examen en vue de l'adoption d'un texte identique par chacune des deux assemblées – Assemblée nationale et Sénat – au lieu de deux).

(7) Projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire ([lien](#))

▪ Le texte prévoit notamment de rendre le passe sanitaire obligatoire à partir de début août 2021 pour accéder à certains lieux, établissements, services ou événements où sont exercées les activités suivantes :

- « a) Les activités de loisirs ;

b) Les activités de restauration commerciale ou de débit de boissons, à l'exception de la restauration collective, de la vente à emporter de plats préparés et de la restauration professionnelle routière et ferroviaire ;

c) Les foires, séminaires et salons professionnels ;

d) Sauf en cas d'urgence, les services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, pour les seules personnes accompagnant ou rendant visite aux personnes accueillies dans ces services et établissements ainsi que pour celles qui y sont accueillies pour des soins programmés. »

▪ Ce texte doit encore faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par le Conseil Constitutionnel avant sa promulgation et son application dès le début du mois d'août 2021.

Questions soulevées par l'introduction et l'extension du passe sanitaire

▪ **Droit au respect de la vie privée et droit à la protection des données personnelles (notamment de santé).** Craignant une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales, notamment au droit au respect de la vie privée et au droit à la protection des données personnelles (notamment des données de santé), une association avait déjà saisi le Conseil d'État en vue de suspendre le passe sanitaire, dans sa première version (avant son extension).

▪ A l'époque, par une décision du 6 juillet 2021 **(8)**, le Conseil d'Etat avait toutefois rejeté la requête de l'association, en estimant que le passe sanitaire ne portait pas une telle atteinte.

(8) Ordonnance du Conseil d'Etat du 6 juillet 2021, n° 453505 ([lien](#))

▪ Pour cela, il avait notamment estimé que :

- « les données d'identification sont nécessaires pour contrôler que le passe présenté est bien celui de la personne qui s'en prévaut. Au point 24 de son avis du 7 juin 2021, la Commission nationale informatique et liberté (CNIL) a d'ailleurs estimé que le dispositif du passe sanitaire tel que prévu par le décret « est de nature à assurer le respect du principe de minimisation des données, en limitant strictement la divulgation d'informations privées aux personnes habilitées à procéder aux vérifications » ;

« le risque de captation illégale des données de santé figurant sur le téléphone mobile, qui suppose que le QR code soit présenté par le

propriétaire du téléphone à un individu doté d'un logiciel malveillant capable de lire les données de santé qui y figurent, semble peu élevé » ;
« le passe sanitaire est de nature à permettre, par la limitation des flux et croisements de personne qu'il implique, de réduire la circulation du virus de la Covid-19 dans le pays. Son usage a été restreint aux déplacements avec l'étranger, la Corse et l'outre-mer, d'une part, et à l'accès à des lieux de loisirs, d'autre part, sans que soient concernées les activités quotidiennes ou l'exercice des libertés de culte, de réunion ou de manifestation. En outre, l'usage de l'application TousAntiCovid demeure facultatif, les justificatifs pouvant être produits par voie papier ou sur tout autre support numérique, au choix de la personne concernée. »

▪ Sur le projet de loi en cours de discussion, par un avis du 20 juillet dernier **(9)**, le Conseil d'Etat a considéré que :

- *« au vu des éléments communiqués par le Gouvernement ainsi que des avis du Conseil scientifique précédemment mentionnés, le fait de subordonner l'accès à des activités de loisirs, à des établissements de restauration ou de débit de boissons et à des foires et salons professionnels à la détention d'un justificatif requis est, en dépit du caractère très contraignant de la mesure pour les personnes et les établissements concernés, de nature à assurer une conciliation adéquate des nécessités de lutte contre l'épidémie de covid-19 avec les libertés, et en particulier la liberté d'aller et venir, la liberté d'exercer une activité professionnelle et la liberté d'entreprendre . »*

▪ Pour sa part, la CNIL a été consulté de manière facultative par le gouvernement sur ce projet de loi. Elle a insisté dans une décision du 21 juillet dernier **(10)** sur le fait que le passe sanitaire doit reposer sur une démonstration de son utilité au regard des objectifs poursuivis des garanties prévues par le texte, et en particulier sur les éléments suivants :

- Dans l'appréciation de cette proportionnalité, *« le caractère gratuit des tests est un des éléments à prendre en compte puisque la possibilité d'accéder à certains lieux ou moyens de transport sans être vacciné ne sera pas du tout la même selon que les tests seront gratuits ou onéreux. »*
- Lieux de déplacements concernés : *« les lieux liés à certaines manifestations habituelles de libertés fondamentales ne doivent pas être concernés (cultes, liberté politique et syndicale). Je note que c'est bien le cas en l'espèce. En revanche, je constate que le dispositif est étendu à beaucoup de lieux touchant la vie quotidienne alors qu'une telle exclusion permettait de limiter les atteintes aux droits des personnes. »*
- Concernant certaines catégories de personnes : *« une telle divulgation de données de santé à l'employeur pose des questions en matière de respect de la vie privée des salariés, d'une part, et, entraîne des risques en matière de protection des données à caractère personnel, d'autre part. Sur ce point, je constate que le projet de loi prévoit que les salariés peuvent autoriser leur employeur à conserver le « justificatif de statut vaccinal » afin probablement d'éviter des contrôles quotidiens à l'entrée des locaux professionnels. Il me semble nécessaire de resserrer cette rédaction afin de*

(9) Avis du Conseil d'Etat sur un projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire ([lien](#))

(10) Position de la CNIL sur l'extension du recours obligatoire au passe sanitaire prévue par le projet de loi relatif à la gestion de la crise liée à la COVID-19 ([lien](#))

s'assurer que l'employeur ne puisse conserver, après vérification du justificatif, que l'information relative au statut vaccinal de ces employés et non les justificatifs, qui révèlent davantage d'informations. »

- Sur les modalités de contrôle : *« l'extension envisagée du passe sanitaire va avoir pour conséquence de multiplier de façon considérable les contrôles d'identité et de données de santé, déployés chaque jour sur l'ensemble du territoire. »*

▪ On le voit, l'utilisation du passe sanitaire pose des problématiques diverses touchant au droit à la vie privée, au droit de protection des données à caractère personnel et encore à d'autres libertés et droits fondamentaux, tels que la liberté d'aller et venir.

▪ La « petite loi » devra encore faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par le Conseil Constitutionnel avant sa promulgation et son application dès le début du mois d'août 2021.

ISABELLE CHIVORET

[france](#)
[@lexing.network](#)



Focus on the Health Pass in France

- In Europe, the EU Digital COVID Certificate Regulation entered into application on July 1st, 2021, in order to facilitate the exercise of the right to move and reside freely within the territory of the Member States **(1)**.
- In France, the health pass has been used since June 9, 2021, to access some gatherings or events. It is interoperable with the EU Digital COVID Certificate scheme.
- Due notably to the circulation of the Delta variant, the French President of the Republic announced on Monday July 12, 2021, new health measures concerning the extension of the “health pass” (“passe sanitaire” in French language).

Legal framework on the use of the health pass in France

- The use of the health pass is legally regulated by the law dated May 31, 2021, on the management of the exit from the health crisis **(2)** and by its implementing decree of the Prime minister of June 1, 2021, prescribing the general measures necessary for the management of the exit from the health crisis (which is regularly amended) **(3)**.
- According to the above-mentioned law, one of the following three documents constituting the health pass (which could be digital – via the [TousAntiCovid](#) application – or in paper form) is required: proof of vaccination status concerning Covid-19; result of a virological screening examination concluding that there is no contamination by Covid-19; certificate of recovery following contamination by Covid-19.
- Article 1st of the abovementioned law enables the French Prime Minister, from June 2, 2021, and until September 30, 2021, to decide by decree issued on the report of the Minister responsible for health, in the interest of public health and for the sole purposes of fighting the spread of the Covid-19 epidemic, to:
 - “1° require people wishing to travel to or from the French territory, Corsica or one of the communities mentioned in article 72-3 of the Constitution to present the health pass;
 - 2° make the access of people to certain places, establishments or events involving large gatherings of people for leisure activities or trade fairs or exhibitions subject to the presentation of the health pass.”

Places concerned by the use of the health pass in France

- In accordance with a decree dated June 7, 2021, amending the implementing decree of June 1, 2021 (“Implementing decree”) **(4)**, the health pass is required to access some establishments or events bringing together 1,000 people or more.

(1) Regulation (EU) 2021/953 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2021 on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable COVID-19 vaccination, test and recovery certificates (EU Digital COVID Certificate) to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic ([link](#))

(2) Law No. 2021-689 dated May 31, 2021, on the management of the exit from the health crisis ([link](#))

(3) Decree no. 2021-699 dated June 1, 2021 prescribing the general measures necessary to manage the exit from the health crisis ([link](#))

(4) Decree no. 2021-724 dated June 7, 2021, amending decree No. 2021-699 of June 1, 2021, prescribing the general measures necessary to manage the exit from the health crisis ([link](#)).

▪ According to a decree dated July 8, 2021, amending the Implementing decree, its use has been extended to nightclubs, regardless of this limit of 1,000 people **(5)**.

▪ According to a decree dated July 19, 2021, amending the Implementing decree, its use has been considerably extended **(6)**. The text now provides that the health pass must be presented to access the places listed below accommodating more than 50 people from July 21, 2021:

- "1° The establishments belonging to the categories mentioned by the implementing regulation taken on the basis of Article R.123-12 of the "Code de la construction et de habitation" (French building regulations) mentioned below, for cultural, sporting, recreational or festive activities and the fairs or trade shows that they host:

(A) hearing, conference, screening, meeting, performance or multipurpose rooms, falling under L type;

"(B) Marquees, tents and structures, falling under CTS type;

"(C) Establishments referred to in 10 ° of article 34 and 6 ° of article 35 falling under R type, when they welcome outside spectators;

"(D) Playrooms and dance halls, falling under P type, as well as establishments referred to 1 ° of article 40 for the dance activities that they are legally authorized to offer;

"(E) Commercial establishments intended for exhibitions, trade fairs or exhibitions of a temporary nature, falling under T type;

"(F) Outdoor establishments, falling under PA type;

"(G) Covered sports establishments, falling under X type;

"(H) The places of worship, falling under V type, for the events indicated in V of article 47;

"(I) Museums and halls intended to host cultural exhibitions of a temporary nature, falling under type Y, except for persons entering these establishments for professional reasons or for research purposes;

"(J) Libraries and documentation centers falling under S type, with the exception, on the one hand, of university libraries and specialized libraries and, except for exhibitions or cultural events which they host, of the National Library of France and the Public Information Library and, on the other hand, of people accessing these establishments for professional reasons or for research purposes;

"2 ° Cultural, sporting, recreational or festive events organized in public space or in a place open to the public and likely to give rise to control of the access of people;

"3 ° Ships and boats referred to in II of article 7."

(5) Decree no. 2021-910 dated July 8, 2021, amending decree No. 2021-699 of June 1, 2021, prescribing the general measures necessary to manage the exit from the health crisis ([link](#)).

(6) Decree No. 2021-955 of July 19, 2021, amending Decree No. 2021-699 of June 1, 2021, prescribing the general measures necessary to exit the health crisis ([link](#)).

The future extension of the use of the health pass in France

▪ *In addition, a bill prepared by French government was definitively adopted by the French Parliament via the fast-track procedure on July 26, 2021 (7) (under the fast-track procedure, the text is subject to a single examination (instead of two) with a view to the adoption of an identical text by each of the two assemblies — the National Assembly and the Senate).*

(7) Bill on the management of the health crisis ([link](#))

▪ *The text provides in particular to make the health pass compulsory from the beginning of August 2021 to access certain places, establishments, services or events where the following activities are carried out:*

- *“(a) Leisure activities;*
(b) Commercial catering or drinking establishments, with the exception of collective catering, take-away sale of prepared meals and professional road and rail catering;
(c) Trade fairs, seminars and trade shows;
(d) Except in an emergency, health, social and medico-social services and establishments, for persons accompanying or visiting persons accommodated in these services and establishments as well as for those accommodated there for scheduled care.”

▪ *This text must still be the subject of a constitutionality control by the Constitutional Council before its promulgation and its application from the beginning of August 2021.*

Some issues raised by the introduction/extension of the health pass

▪ ***Right to privacy and right to the protection of personal data (in particular health personal data).*** *Fearing a serious and manifestly unlawful infringement of fundamental freedoms, in particular the right to respect for private life and the right to the protection of personal data (including health data), an association asked the French Council of State (Conseil d’Etat in French language) to suspend the first version of the health pass (i.e. its version before its extension).*

▪ *By a decision dated July 6, 2021 (8), the French Council of State rejected the association’s claim and decided that the health pass did not cause any serious and manifestly unlawful harm.*

(8) Order of the Council of State of July 6, 2021, No. 453505 ([link](#))

▪ *It notably considered the following:*

- *“these identification data are necessary to check that the pass presented is indeed that of the person who is using it. In point 24 of its opinion of June 7, 2021, the (CNIL) also considered that the health pass system as provided for by the decree ’is such as to ensure compliance with the principle of data minimization, by strictly limiting the disclosure of private information to those authorized to carry out the checks”;*

“the risk of illegal capture of health data on the mobile phone, which assumes that the QR code is presented by the phone owner to an individual with malware capable of reading the health data on it, seems low”;

“the health pass is likely to reduce the circulation of the Covid-19 virus in the country. Its use has been restricted to travel to foreign countries, Corsica and overseas, on the one hand, and to access to places of leisure, on the other hand, without affecting daily activities or the exercise of the freedoms of worship, assembly or demonstration. In addition, the use of the TousAntiCovid application remains optional, as the supporting documents may be produced in paper form or on any other digital medium, at the choice of the person concerned.”

▪ *By an opinion of July 20, 2021 (9), on the bill that was then under discussion, the French Council of State noted that:*

- “in view of the elements communicated by the Government as well as the opinions of the Scientific Council previously mentioned, the fact of subordinating access to leisure activities, to catering or drink establishments and to trade fairs and exhibitions to the possession of one of the required supporting documents is, despite the very restrictive nature of the measure for the persons and establishments concerned, of such a nature as to ensure an adequate reconciliation of the needs of the fight against the covid-19 epidemic with freedoms, and in particular the freedom to come and go, the freedom to exercise a professional activity and the freedom to conduct a business.”

▪ *The CNIL (French data protection authority) was consulted on this bill by the government on an optional basis. In a decision dated July 21, 2021, the president of the CNIL insisted (10) that the health pass should be based on a demonstration of its usefulness with regard to the objectives pursued and in particular on the following elements:*

- *On the assessment of its proportionality:* “the free nature of the tests is one of the elements take into account since the possibility of accessing certain places or means of transport without being vaccinated will not be at all the same depending on whether tests will be free of charge or not.”
- *On the places concerned:* “places linked to certain usual manifestations of fundamental freedoms should not be concerned (cults, political and union freedom). I note that this is the case here. On the other hand, I note that the device is extended to many places affecting daily life, whereas such an exclusion made it possible to limit violations of individual rights.”
- *On some categories of people:* “Such disclosure of health data to the employer raises questions regarding respect for the privacy of employees, on the one hand, and, on the other hand, entails risks in terms of protection of personal data. On this point, I note that the bill provides that employees can authorize their employer to keep ‘proof of vaccination

(9) *Opinion of the French Council of State on a bill relating to the management of the health crisis* ([lien](#))

(10) *CNIL's position on the extension of the compulsory use of the health pass provided for by the bill relating to the management of the crisis linked to COVID-19* ([link](#))

status' in order probably to avoid daily checks at the entrance to business premises. It seems to me necessary to tighten up this wording in order to ensure that the employer can only keep, after checking the supporting documents, the information relating to the vaccination status of these employees and not the supporting documents, which reveal more information."

- *On the control methods:* "The planned extension of the health pass will have the consequence of considerably increasing the number of identity and health data checks, deployed every day throughout the country."

- As we can see, the use of the health pass raises various concerns relating to the right to privacy, the right to protection of personal data and other fundamental rights and freedoms, such as the freedom to go and come.
- The bill will still have to be the subject of a constitutionality control by the Constitutional Council before its promulgation and its application from the beginning of August 2021.

ISABELLE CHIVORET

[france](#)
[@lexing.network](#)



▪ Aujourd’hui, alors que la vaccination des employés est un élément clé qui déterminera le rythme et les conditions de réouverture des lieux de travail, le présent article se penche sur la légalité d’une éventuelle vaccination obligatoire au regard de la législation grecque et européenne applicable.

▪ La réouverture des lieux de travail dans un monde (post) pandémique requiert naturellement de garantir des conditions sûres pour tous, qu’il s’agisse des employés, des employeurs ou encore des clients. La vaccination a fait couler beaucoup d’encre, notamment en ce qui concerne une éventuelle initiative du législateur visant à rendre obligatoire la vaccination du grand public ou de certaines catégories de personnes.

▪ D’une manière générale, le cadre juridique applicable aux droits de l’homme fait de l’autonomie individuelle et du respect de l’intégrité humaine des valeurs indiscutables, subordonnant toute intervention sur le corps humain au consentement explicite de la personne concernée, après information complète préalable **(1)**. La Cour européenne des droits de l’homme a souligné dans sa jurisprudence que la vaccination obligatoire, en tant qu’intervention médicale non volontaire, constitue une ingérence dans l’exercice par un individu de son droit à l’intégrité physique et, en conséquence, de son droit au respect de sa vie privée. Toute exception à l’exercice de ce droit doit donc être prévue par la loi et considérée nécessaire dans une société démocratique pour la poursuite de buts légitimes, tels que la protection de la santé publique **(2)**. Notamment, Amnesty International estime toute intervention non consentie sur le corps humain comme un acte de torture **(3)**. Par conséquent, pourraient être illégaux les actes médicaux obligatoires accomplis sur le corps humain sans information préalable et sans consentement explicite.

▪ En Grèce, la Constitution protège la vie humaine et considère le consentement à un acte médical comme une manifestation du droit à l’autodétermination **(4)**. Toutefois, la loi prévoit qu’en cas de maladies infectieuses dangereuses, susceptibles d’avoir de graves répercussions sur la santé publique, le ministre de la santé peut rendre la vaccination obligatoire, afin d’empêcher la propagation de ces maladies. La décision du ministre délimite son champ d’application, en définissant spécifiquement le groupe de personnes et le vaccin concernés, ainsi que le moment et le lieu de la vaccination obligatoire. La décision du ministre n’est possible qu’à titre de mesure exceptionnelle et temporaire pour protéger la santé publique **(5)**.

▪ Le Conseil d’État grec s’est déjà prononcé sur la question de la vaccination. A cette occasion, il a considéré que le refus de se faire vacciner peut porter atteinte au principe d’égalité, étant donné que la personne opposant une objection ou un refus bénéficie du privilège d’un environnement sûr et sain permis par le fait que d’autres individus ont choisi de se faire vacciner **(6)**. Ainsi, le Conseil a recherché un équilibre entre le droit à l’autodétermination et la nécessité de protéger la

(1) Article 5 de la Convention sur les Droits de l’Homme et la biomédecine,
<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164>

(2) Arrêt de la CEDH du 8-4-2021, affaire Vavříčka et autres c. République tchèque,
<https://hudoc.echr.coe.int/fre/#%22itemid%22:%5B%22001-209039%22%5D> }

(3) Amnesty International “Doctors and torture”, March 2002, ACT 75/001/2002,
<https://www.amnesty.org/en/documents/act75/001/2002/en/>

(4) Article 2 de la Constitution grecque (« *Le respect et la protection de la valeur humaine constituent l’obligation primordiale de la République* »)
<https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggliko.pdf>

(5) Loi 4675/2020 (Gazette du gouvernement 54A /11.03.2020)

(6) Arrêt 2387/2020 du Conseil d’Etat grec

santé publique. Il a en effet estimé que la vaccination n'est pas destinée à protéger seulement un individu contre la maladie, mais aussi la santé publique, en créant une immunité collective et en diminuant la pression exercée sur les services de santé publique. Dans le même temps, le Conseil a aussi pris en considération la nécessité de fournir une protection égale aux personnes qui ne peuvent pas se faire vacciner en raison de leur état de santé et qui dépendent donc de l'immunité collective.

- Les décisions des tribunaux, nationaux et internationaux, concernant l'exercice de mise en balance entre les différents droits fondamentaux en jeu mentionnés ci-dessus dicteront le calendrier et les modalités applicables au retour des employés sur leurs lieux de travail. Quoi qu'il en soit, à ce jour, l'État grec n'a pas jugé approprié ou nécessaire d'introduire de vaccination obligatoire contre la Covid-19.

GEORGE A. BALLAS
&
THEODORE
KONSTANTAKOPOULOS

[greece@
lexing.network](mailto:greece@lexing.network)



- A major factor which affects and will further determine the rate and conditions for the re-opening of employment places and premises is vaccination of employees; this high-level analysis focuses on the conformity of potential compulsory vaccination with the applicable Greek and European legislation.
- Returning to offices and work places in a (post) pandemic world obviously requires ensuring safe conditions for employees, employers and clients as well. Much conversation has been stirred concerning the vaccination, especially regarding a potential legislative initiative for compulsory vaccination of the general public or of specific groups of people.
- Generally speaking, the human rights legal framework dictates that individual autonomy and respect for human integrity are undisputable values, thus allowing for an intervention in the human body, only after explicit consent has been provided by the person, following a prior full disclosure **(1)**. The European Court of Human Rights has pointed out in its case-law, that compulsory vaccination, as an involuntary medical intervention, represents an interference with physical integrity and thus concerns the right to respect for private life, hence any exception must be in accordance with the law, deemed necessary in a democratic society for the pursuit of legitimate aims, such as the protection of public health **(2)**. Notably, Amnesty International has deemed any non-consensual intervention in the human body, as an act of torture **(3)**. Therefore, arguably compulsory medical acts in the human body, without prior disclosure and explicit consent, could be illegal.
- In Greece, constitutional provisions protect human life and decency, considering consent for a medical act as a manifestation of the right to self-determination **(4)**. However, law provides that in cases of dangerous infectious diseases, potentially leading to grave repercussions in public health, the Minister of Health may enforce the compulsiveness of vaccination, to prevent the further dissemination of the disease. The Ministry's decision should delineate its scope, by defining the group of people, the specific vaccine, the time and place of the compulsory vaccination, as well as any other detail of the process. This possibility can only be acceptable as an exceptional and temporary measure to protect public health **(5)**.
- The Greek Council of State has already stipulated that individual objections or refusal to get vaccinated may infringe the principle of equality, given the fact that the denier enjoys the privilege of a safe and healthy environment, on the account of other individuals having chosen to get vaccinated **(6)**. Thus, the Council seems to have attempted to balance the right to self-determination and the necessity to protect the public's health. It deemed that the vaccination is not only destined to protect the individual against the disease, but at the same time the public health, by creating herd immunity and releasing pressure from the public health services. Meanwhile, the Council took into consideration the need to provide equal

(1) Article 5 of the Convention on Human Rights and Biomedicine,
<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164>

(2) ECtHR ruling of 8th April 2021, case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-209039%22> }

(3) Amnesty International "Doctors and torture", March 2002, ACT 75/001/2002, <https://www.amnesty.org/en/documents/act75/001/2002/en/>

(4) Article 2 of the Greek Constitution ("Respect and protection of the value of the human being constitute the primary obligations of the State").
<https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aqliko.pdf>

(5) Law 4675/2020 (Gov. Gazette 54A /11.03.2020)

(6) Judgement 2387/2020 of the Greek Council of State

protection to individuals who cannot get vaccinated due to medical conditions, and thus rely on herd immunity.

▪ *The approach of national and international courts on the balancing exercise between the competing fundamental rights mentioned above will eventually decide how soon and under what circumstances return to employment places will take place. Notably and as of today, the Greek State has not deemed appropriate or necessary the introduction of compulsory vaccination.*

GEORGE A. BALLAS
&
THEODORE
KONSTANTAKOPOULOS

[greece@
lexing.network](mailto:greece@lexing.network)



Le « smart working » : travail agile post-Covid-19 et droit à la déconnexion

- Dans notre société de plus en plus dématérialisée, les outils numériques tels que les smartphones, les tablettes, les PC portables, les téléviseurs intelligents, les assistants, etc., font désormais partie de notre vie quotidienne. Ces outils présentent des avantages importants pour les consommateurs et l'économie en général.
- La place prépondérante qu'ils occupent dans nos vies a été encore plus criante lors de la récente pandémie, lorsqu'un grand nombre de travailleurs ont pu continuer leurs activités professionnelles grâce à ces outils. Selon Eurofound, 30% des employés auraient ainsi travaillé à domicile (toutefois, ce nombre serait vraisemblablement sous-estimé, car il ne comprend que les employés syndiqués et n'inclut pas les professionnels indépendants comme les consultants, les avocats, les graphistes, etc.).
- Le télétravail va probablement perdurer après la pandémie, car il est synonyme d'économies importantes non seulement pour les employeurs, mais également pour les employés et les travailleurs en général. Pour autant, le télétravail n'est pas sans inconvénients : le fait d'être connecté 24 heures sur 24, sans faire de différence entre les jours ouvrables, les jours fériés et les week-ends, a créé une culture de la disponibilité permanente, où les travailleurs sont amenés à répondre aux appels téléphoniques, aux courriers électroniques et à toutes sortes de demandes, tous les jours et à toute heure.
- Cette situation professionnelle soulève indubitablement des questions éthiques et juridiques, l'intensification et l'allongement des heures de travail éliminant les frontières entre la vie professionnelle et la vie privée.
- Dès lors, les difficultés à prendre en compte par les chefs d'entreprises sont nombreuses. Elles s'articulent principalement autour des heures de travail, de la sécurité, et du respect de la vie privée.
- En ce qui concerne les heures de travail, chaque pays d'Europe a fixé un nombre maximum d'heures de travail par semaine. Le travail agile doit ainsi s'inscrire dans le respect des limites prévues par la loi, des conventions collectives et des contrats de travail applicables. Toute violation pourrait causer des dommages moraux (surcharge émotionnelle) et physiques (des manipulations répétitives et des postures statiques sur de longues périodes sont susceptibles d'entraîner des tensions et des troubles musculaires). En outre, des heures de travail plus longues signifient également le paiement d'heures supplémentaires. Ce sont là autant d'éléments susceptibles de donner lieu à des litiges.
- S'agissant de la sécurité, l'employeur est responsable de la sécurité du lieu de travail. Or, comment un employeur pourrait-il vérifier chaque foyer où vivent ses

employés et s'assurer que les normes de sécurité sont bien respectées ? Dans le même ordre d'idées, l'employeur doit veiller à la sécurité des données. En effet, les connexions à distance peuvent facilement être piratées et servir de porte d'entrée à des intrus, qu'il s'agisse de hackers ou de concurrents peu scrupuleux, cherchant à accéder au patrimoine informationnel de l'employeur.

- Dernier point d'attention, et non des moindres, le respect de la vie privée. D'un côté, l'employeur doit contrôler les performances des travailleurs et s'assurer que les heures de travail sont respectées. D'un autre côté, la surveillance constante des employés, qui porte atteinte à la vie privée, est interdite par le droit du travail dans de nombreux pays, dont l'Italie. Ainsi, la violation des dispositions de la loi 300/1970, telle que modifiée en 2018, est passible de sanctions pénales.

- Pour toutes ces raisons, le Parlement européen a adopté en janvier 2021 une résolution demandant à la Commission d'introduire une directive sur le droit à la déconnexion, afin de contrôler et de donner une base juridique commune à un phénomène qui se pérennisera certainement dans l'ère post-Covid **(1)**.

- Même si le smart working est déjà réglementé dans certains pays (en Italie, il est encadré par la loi 81 du 22 mai 2017), des ajustements devront nécessairement être effectués pour se conformer à cette proposition de directive et, surtout, s'adapter aux nouvelles pratiques créées par la crise inédite induite par la Covid-19.

(1)

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_FR.html

RAFFAELE ZALLONE

italy@lexing.network



Smart working after the Covid-19 pandemic and the right to disconnect

- *The digitalization of our society has become more and more pervasive, with daily use of tools like smartphones, tablets, portable PC's, smart TV, assistants, etc. All these tools have become part of our daily life, with significant economic benefits for consumers and the economy in general.*
- *The power and the importance of these tools has been even more evident during the recent pandemic, when a significant number of workers has been able to continue to work from home, with several arrangements that have allowed 30% of employees to work from home (this figure has been calculated by Eurofound, and it is apparently under-estimated, since includes only unionized employees and it does not include self-employed professionals like consultants, lawyers, graphics designers, etc.).*
- *The habit of working from home is likely to continue, since this shall mean significant savings for employers as well as for employees and workers in general. Yet this has some significant drawbacks and disadvantages: being always connected 24/24, with no difference between working days, holidays and weekends has created a culture of "always on", where works are requested to answer to phone calls, mails and all sorts of requests any day and at any time.*
- *It is clear that this means ethical, legal and employment challenges, since intensifying work and extending working hours eliminates the boundaries between work and private life.*
- *The challenges are many and they are related to working hours, separation of professional and private life, security and safety, and privacy.*
- *As to working hours, every country in Europe has a maximum amount of working hours per week; hence smart working must respect the limits under the law or under applicable labor agreement and contracts. Violation of this rule can cause emotional overload and repetitive manipulations and static posture over long periods of time may lead to muscle strain and muscular disorder; in addition longer working hours mean also that salary and overtime work has to be paid. All of this is potential for litigation.*
- *The second issue is related to security and safety. The employer is responsible for the safety conditions of the working premises: how can possibly employers check every household where employees live and make sure that safety standards are complied with? A similar issue is related to security of data: remote connections can easily be tapped and be the gateway for intruders, be it hackers or unethical competitors, trying to access the proprietary data of the employer.*

▪ Finally, last but not the least, a privacy problem arises, since the employer has to control the performance of the workers and make sure that working hours have been respected. It is well known that constant monitoring of employees does create significant privacy issues, which in countries like Italy are forbidden by Labor Law. Violation of the provisions of law 300/1970, amended in 2018, may lead to criminal sanctions.

▪ For all these reasons the European Parliament in January 2021 has approved a resolution, asking the Commission to implement a “right to disconnect” Directive, aimed at putting under control and to give a common legal ground to a phenomenon that will certainly continue in the post-COVID era **(1)**.

▪ Smart working has been regulated in some countries (in Italy it has been regulated by law 81 of May 22, 2017), but it shall need additional modifications to be in line with the proposed Directive and, above all, with this new and unexpected scenario.

(1)

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_EN.html

RAFFAELE ZALLONE

[italy@
lexing.network](mailto:italy@lexing.network)



Un employeur peut-il obliger ses employés à se faire vacciner ou tenir un registre de leur statut vaccinal ?

- Selon le droit du travail luxembourgeois, un employeur ne peut rendre une vaccination obligatoire pour ses employés. Par conséquent, les employeurs luxembourgeois ne peuvent pas obliger leurs employés à se faire vacciner contre la Covid-19.
- Certes, les employés doivent se soumettre aux examens médicaux prévus par la loi, mais l'employeur n'a pas le droit d'être informé du statut vaccinal de l'employé par les professionnels de santé. Cette règle est conforme au principe fondamental du droit du travail selon lequel les employeurs n'ont pas le droit de contraindre leurs employés à se faire administrer un quelconque vaccin et, plus généralement, d'être informés sur l'état de santé de leurs employés.
- L'hypothèse d'une vaccination obligatoire contre la Covid-19 n'est pas encore envisagée au Luxembourg, mais même dans le cas où le gouvernement déciderait d'imposer la vaccination à certaines catégories d'employés qui sont en contact avec une population à risque dans le cadre de leur activité professionnelle, par exemple dans le secteur de la santé, il s'agirait là du seul cas de figure dans lequel l'employeur pourrait exiger que ses employés soient vaccinés, et donc contrôler leur vaccination.
- En tout état de cause, les employeurs sont encouragés à donner à leurs employés la possibilité de se faire vacciner lorsque, en fonction d'une évaluation des risques, ils sont exposés à la Covid-19.
- Les employés ne peuvent être contraints de divulguer leur statut vaccinal à leur employeur. Toute information fournie dans ce contexte ne peut être obtenue que sur une base volontaire et la tenue d'un registre des vaccinations des employés n'est pas autorisée par le RGPD, le statut vaccinal étant considéré comme une « donnée concernant la santé », c'est-à-dire une catégorie particulière de données à caractère personnel. L'article 9 du RGPD interdit en effet toute utilisation de cette catégorie de données, sauf dans des cas spécifiquement énumérés dans ledit article.
- Dans ses recommandations de février 2021, l'autorité luxembourgeoise de protection des données (« CNPD ») souligne que les organismes privés ou publics ne peuvent collecter eux-mêmes aucune donnée de santé liée à la Covid-19, ce qui inclut donc vraisemblablement les données relatives à la vaccination des employés. Par conséquent, les employeurs ne peuvent se prévaloir d'aucune base juridique pour justifier un traitement de données relatives à la vaccination, quand bien même ces informations seraient fournies volontairement par l'employé. En outre, il n'appartient pas à l'employeur de procéder à des enquêtes ou au suivi des cas contacts (« contact tracing »). Cette tâche incombe à l'Inspection sanitaire dès lors qu'un employé ou un agent est testé positif à la Covid-19.

En résumé

▪ Au Luxembourg :

- L'employeur peut envisager de mettre en place une campagne de vaccination pour inciter les salariés à se faire vacciner, mais il ne peut imposer une obligation de vaccination.
- Les données de vaccination sont des « données concernant à la santé » qui relèvent d'une catégorie particulière de données à caractère personnel au sens du RGPD. En l'état actuel de la législation, toute opération de traitement sur ces données, y compris (i) le fait de demander aux employés de divulguer leur statut vaccinal, (ii) la tenue de registres sur la vaccination et (iii) la prise de mesures associées (par exemple, autoriser ou refuser l'accès au lieu de travail), est interdite.
- Les employeurs ne peuvent pas prendre de mesures à l'encontre des employés qui ne veulent pas se faire vacciner ou leur refuser l'accès aux locaux professionnels ou leur imposer de travailler à domicile. Les employeurs étant tenus de fournir du travail à leurs employés, les empêcher d'accéder à leur lieu de travail pourrait constituer une violation de cette obligation. Cette obligation pourrait par exemple être remplie en proposant à l'employé, avec son accord, de télétravailler. A défaut, dans le cas où les employés non vaccinés seraient traités différemment des employés vaccinés en se voyant refuser l'accès à leur lieu de travail, l'employeur s'expose à des plaintes pour discrimination en raison de l'état de santé.

EMMANUELLE RAGOT

[luxembourg@
lexing.network](mailto:luxembourg@lexing.network)



***Can an employer require employees to be vaccinated
or keep a record of vaccination status?***

- *Under Luxembourg employment law, an employer is not entitled to require a mandatory vaccination on its employees. Consequently, employers cannot oblige their employees to take a Covid-19 vaccine.*
- *Although employees are subject to medical examinations provided for by law, the employer has no right to be informed on the vaccination status of the employee by the medical professional. It is consistent with the core principle under employment law that employers cannot compel their employees to take any vaccine and more generally, are not entitled to information on the health of their employees.*
- *Even though the hypothesis of mandatory vaccination is not anticipated in Luxembourg in the context of Covid-19, should the government decide to introduce the vaccine as compulsory for certain categories of employees who are facing with the at-risk population in their professional activity e.g. health care activities, this will be the sole situation in which the employer could require employees to be vaccinated and therefore check the vaccination.*
- *As of today, employers are encouraged to provide their employees with the opportunity to get vaccinated when they are exposed to Covid-19 according to the risk assessment.*
- *Furthermore, employees may not be forced to disclose their vaccination status to the employer. Any information provided in this context may only be obtained on a voluntary basis and keeping a record of employee's vaccination is not allowed by the GDPR as considered as "health data" i.e. special category of personal data. Article 9 of the GDPR prohibits any use of such personal data, unless it is carried out under specific listed circumstances.*
- *In its Recommendations of February 2021, the Luxembourg Data Protection Authority ("CNPD") clarified that private or public bodies cannot themselves collect any data concerning health related to Covid-19, which should reasonably include data collected in connection with employee vaccination. Consequently, employers cannot rely on any legal ground to justify any processing of vaccination data even if the information is voluntary provided by the employee. Furthermore, it is not up to the employer to carry out investigations or "contact tracing". This task falls to the Health Inspection from the moment where an employee or agent tests positive for COVID-19.*

In a nutshell

▪ *In Luxembourg:*

- *Employers may consider setting up a vaccination campaign to encourage employees to get vaccinated but no compulsory vaccination*
- *Vaccination data is a “data concerning health” falling under the category of special category personal data pursuant to the GDPR. Its processing, including by (i) requiring employees to disclose their vaccination status, (ii) keeping records thereof, and (iii) taking actions on that basis (such as granting or refusing access to the workplace), is not allowed as the law currently stands*
- *Employers cannot take actions against employees who refuse to be vaccinated or refuse them access to the premises or mandate working from home. Employers have a duty to provide their employees with work and not allowing access to their premises could be a breach of this obligation which may be fulfilled by offering and agreeing with the employee on remote – telework. Claims for discrimination could be brought on the basis of health if non- vaccinated employees are treated differently from vaccinated employees by not being given access to the workplace.*

EMMANUELLE RAGOT

[luxembourg@
lexing.network](mailto:luxembourg@lexing.network)

PAYS / COUNTRY	CABINET / FIRM	CONTACT	TELEPHONE	EMAIL
Afrique du Sud <i>South Africa</i>	Michalsons	John Giles	+27 (0) 21 300 1070	south-africa@lexing.network
Allemagne <i>Germany</i>	Beiten Burkhardt	Andreas Lober	+49 69 756095-0	germany@lexing.network
Australie <i>Australia</i>	Gadens	Dudley Kneller	+61 438 363 443	australia@lexing.network
Belgique <i>Belgium</i>	Lexing Belgium	Jean-François Henrotte	+32 4 229 20 10	belgium@lexing.network
Brésil	Montgomery & Associados	Neil Montgomery	+55 11 4096-4000	brazil@lexing.network
Canada <i>Canada</i>	Langlois avocats, S.E.N.C.R.L.	Pascal Archambault	+1 (418) 650 7000	canada@lexing.network
Chine <i>China</i>	Jade & Fountain PRC Lawyers	Jun Yang	+86 21 6235 1488	china@lexing.network
Côte d'Ivoire <i>Ivory Coast</i>	Imboua Kouao Tella & Associés	Annick Imboua-Niava	+ 225 22 44 74 00	ic@lexing.network
Espagne <i>Spain</i>	Lexing Spain	Marc Gallardo	+ 34 93 476 40 48	spain@lexing.network
États-Unis <i>USA</i>	DataMinding Legal Services	Françoise Gilbert	+1 650-804-1235	usa@lexing.network
France <i>France</i>	Alain Bensoussan-Avocats Lexing	Alain Bensoussan	+33 1 82 73 05 05	france@lexing.network
Grèce <i>Greece</i>	Ballas, Pelecanos & Associates L.P.C.	George A. Ballas	+ 30 210 36 25 943	greece@lexing.network
Guinée <i>Guinea</i>	BAO & Fils	Mody Oumar Barry	+ 224 623 68 78 79	guinea@lexing.network
Hongrie <i>Hungary</i>	OPL - Orbán & Perlaki	Miklos Orban	+36 1 244 8377	hungary@lexing.network
Inde <i>India</i>	Poovayya & Co	Siddhartha George	+91 80 4115 6777	india@lexing.network
Italie <i>Italy</i>	Studio Legale Zallone	Raffaele Zallone	+ 39 (0) 229 01 35 83	italy@lexing.network
Japon <i>Japan</i>	Hayabusa Asuka Law Office	Koki Tada	+81 3 3595 7070	japan@lexing.network
Liban <i>Lebanon</i>	Kouatly & Associates	Rayan Kouatly	+ 961 175 17 77	lebanon@lexing.network
Luxembourg <i>Luxembourg</i>	Emmanuelle Ragot Lawyers & Associates	Emmanuelle Ragot	+ 352 661 84 4250	luxembourg@lexing.network
Maroc <i>Morocco</i>	Elkhatib Lawfirm	Hatim Elkhatib	+212 5 39 94 05 25	morocco@lexing.network
Mexique <i>Mexico</i>	Carpio, Ochoa & Martínez Abogados	Enrique Ochoa De González Argüelles	+ 52 55 25 91 1070	mexico@lexing.network
Norvège <i>Norway</i>	Advokatfirmaet Føyen Torkildsen AS	Øyvind Eidissen Ransedokken	+47 21 93 10 00	norway@lexing.network
Nouvelle-Calédonie <i>New Caledonia</i>	Cabinet Franck Royanez	Franck Royanez	+ 687 24 24 48	nc@lexing.network
République tchèque <i>Czech Republic</i>	Rowan Legal	Josef Donát Michal Nulíček Martin Murad	+420 224 216 212	czechrepublic@lexing.network
Royaume-Uni <i>United Kingdom</i>	Preiskel & Co LLP	Danny Preiskel	+ 44 (0) 20 7332 5640	uk@lexing.network
Sénégal <i>Senegal</i>	SCP Faye & Diallo	Mamadou Seye	:(+221) 33 823 60 60	senegal@lexing.network
Slovaquie <i>Slovakia</i>	Rowan Legal	Josef Donát Michal Nulíček	+420 224 216 212	slovakia@lexing.network
Suisse <i>Switzerland</i>	Sébastien Fanti	Sébastien Fanti	+ 41 (0) 27 322 15 15	switzerland@lexing.network

La JTIT est éditée par Alain Bensoussan Selas, société d'exercice libéral par actions simplifiée, 58 boulevard Gouvion-Saint-Cyr, 75017 Paris, président : Alain Bensoussan. Directeur de la publication : Alain Bensoussan – Responsable de la rédaction : Isabelle Pottier Diffusée uniquement par voie électronique – gratuit– ISSN 1634-0701

Abonnement à partir du site : <https://www.alain-bensoussan.com/outils/abonnement-petit-dejeuner-debat/>

©Alain Bensoussan 2021 — Crédit photo/Photo credits : <https://www.alain-bensoussan.com/notice-legale/credit-photo/>