



réf : PP 2013_010/30.08.13/ID

PRISE DE POSITION

Examen de la conformité à la loi de l'obligation faite par les HÔPITAUX UNIVERSITAIRES GENEVOIS à son personnel d'annoncer s'il est vacciné ou s'il porte un masque pour protéger les patients, par le port d'un badge

Par lettre du 25 janvier 2013, le syndicat des services publics (ci-après le syndicat) a sollicité l'avis du préposé à la protection des données et à la transparence (ci-après PPDT) sur la légalité de l'obligation faite par les HOPITAUX UNIVERSITAIRES GENEVOIS (ci-après HUG) à leur personnel soignant de porter un badge mentionnant alternativement « je suis vacciné-e pour vous protéger » ou « je porte un masque pour vous protéger ».

Le syndicat se plaint de ce que cette obligation va à l'encontre du principe de la protection des données personnelles et est « très stigmatisant », alors même que le port du badge n'est pas efficace du point de vue de la protection des patients, au contraire des mesures elles-mêmes que sont la vaccination ou le port du masque. Il expose avoir préalablement interpellé le préposé fédéral sur la question en lien avec les hôpitaux et homes en général, et obtenu l'indication que « la mesure prise est difficilement à même d'atteindre l'objectif de prévention recherché, alors même qu'elle peut provoquer une violation grave de la sphère privée des personnes, allant même jusqu'à les discriminer ». Cela étant, le préposé fédéral renvoie au PPDT, compétent la matière, s'agissant des HUG.

Le 29 janvier 2013, la préposée a informé les HUG de cette plainte, et leur a demandé de se déterminer sur la question en expliquant le contexte et en indiquant quel est l'objectif visé et quelles sont les conséquences pour le personnel en cas de refus.

Par courriel du 28 mars 2013, le Secrétaire général des HUG, également responsable LI-PAD, expose ce qui suit :

Le port déclaré obligatoire d'un badge par le personnel en contact avec les patients, indiquant que les collaborateurs et collaboratrices sont vacciné-es pour protéger les patients ou qu'ils portent un masque dans ce même but, vise à renforcer l'efficacité de la vaccination des soignants pour protéger les patients de la grippe saisonnière au travers de la source infectieuse que représente des contacts avec le personnel lors des soins. Le but est également d'accroître le taux de vaccination des soignants au travers d'un moyen complémentaire à ceux déjà mis en place, soit les campagnes d'information, les séances d'explication, les facilités d'accès au vaccin et aux séances de vaccination. Cette mesure s'inscrit donc dans une stratégie visant à augmenter l'utilisation du vaccin contre la grippe chez les professionnels de santé sans pour autant aller jusqu'à imposer la vaccination obligatoire.

Et de rappeler que ce qui est obligatoire, au vu des responsabilités de l'institution à l'égard de ses patients, c'est de protéger ceux-ci, ce qui suppose pour les collaborateurs non vaccinés en contact avec les patients le port continu du masque, disposé correctement sur le visage, lors de toute situation de contact avec un patient uniquement (non pas durant un colloque ou une pause-café dans le local prévu à cet effet).

Or, l'institution a constaté lors de l'épidémie 2011-2012 que la moitié des soignants n'étaient ni vaccinés ni masqués.

Dès lors qu'en plus il a été constaté lors de cette même épidémie que la moitié des soignants non vaccinés ne portaient pas de masque (29% des collaborateurs étant vaccinés, on pouvait attendre que le 71% des collaborateurs restants portent un masque en situation de contact avec les patients, or les constats effectués n'ont montré qu'un taux de 36% de collaborateurs masqués), les HUG ont été dans l'obligation de prendre une mesure propre, d'une part, à augmenter le taux de collaborateurs vaccinés et, d'autre part, également propre à diminuer le taux de collaborateurs non masqués bien que non vaccinés.

L'institution s'est appuyée sur la littérature et les expériences effectuées à l'étranger, démontrant une responsabilisation du personnel au travers d'une déclaration ouverte et affichée du mode de prévention choisi par lui, les HUG ont décidé d'imposer le port du badge affichant le mode de prévention choisi en vue de l'épidémie 2012-2013.

Le secrétaire général relève qu'il ne s'agit pas d'une obligation de déclarer son statut de santé (vacciné ou non) mais d'une obligation de déclarer ce que chaque soignant en contact avec les patients a choisi de faire pour protéger ceux-ci. D'ailleurs, le taux de vaccination des soignants a passé de 29% à la saison 2011-2012 à 37% à la saison 2012-2013, et chez les médecins de 52 à 64%.

Quant aux contrôles effectués lors de l'épidémie 2012-2013, ils ont démontré que ce n'était désormais plus qu'un tiers des soignants qui n'étaient ni vaccinés ni masqués.

Cette diminution de 50 % à 33% du taux de collaborateurs observés non masqués en situation de soins avec des patients (donc ne respectant pas les consignes) est un signe encourageant d'une évolution positive qu'il convient de « ne pas compromettre en accordant – en milieu de soins et compte tenu du devoir de protection de nos patients – du crédit aux allégations de stigmatisation, de discrimination et de violation grave de la sphère privée avancées » par le syndicat. Au sein des HUG, de très nombreux signes extérieurs – tels que par exemple couleur des blouses, longueur des manches, couleur de la pastille sur le badge qui doit lui aussi être porté de façon visible - permettent de catégoriser les personnels selon leurs fonctions (médecins, personnel infirmier, personnel de nettoyage ou administratif par exemple) sans que cela n'ait suscité de reproches de discrimination. « Cela contribue à orienter les patients et à les sécuriser comme l'est le fait de déclarer ce que chacun en contact avec les patients entreprend pour les protéger de la grippe nosocomiale, de façon reconnaissable pour les patients qui sont ainsi à même de constater la cohérence entre la volonté affichée et le comportement adopté ».

Enfin, s'agissant des conséquences pour le personnel ne respectant pas les consignes ci-dessus, elles découlent de la violation d'une obligation de protection que l'employeur est légitimé à imposer à ses collaborateurs à l'égard des patients dont l'institution répond (cf directive du comité de direction sur la protection vaccinale ci-jointe). Un non respect flagrant du port du badge et/ou du masque peut ainsi conduire sa hiérarchie à convoquer le collaborateur concerné pour le rendre attentif à ses obligations et les risques encourus à ne pas les respecter. En cas de récidive ou de mauvaise volonté affichée, le collaborateur sera convoqué à un entretien de service qui pourra déboucher ensuite selon les procédures institutionnelles en la matière sur un blâme, voire d'autres sanctions plus marquées.

A noter que deux représentants du personnel au sein du Conseil d'administration, membres du syndicat concerné ont assisté au débat au Conseil du 25 février sur cet objet, lors duquel il a été protocolé : « Pour faire suite à la demande du conseil d'administration du 10 décembre 2012 de bénéficier d'une présentation et d'une explication en matière de grippe et de vaccination, la Professeure Anne-Claire Siegrist fait un exposé à ce sujet, suivi d'une discussion sur les limites de la vaccination, l'efficacité du port du masque, les risques de la grippe et ses complications. Le conseil d'administration se dit soucieux de soutenir la politique mise en place, notamment sur le port du masque et sur l'annonce de la vaccination ou de la non-vaccination des collaborateurs par le port obligatoire du badge ad hoc ».

En appui à cette détermination, le secrétaire général a produit la directive du comité de direction relative à la protection vaccinale du personnel, datant du mois de mai 2011, dans sa

version du 20 décembre 2012, un article de doctrine « Healthcare epidemiology », et la présentation de la professeure Siegrist, responsable de l'unité d'immuno-vaccinologie pédiatrique, sur la grippe à l'hôpital : réalités et stratégies, auxquels il sera revenu ultérieurement.

En date du 5 avril 2013, la préposée a proposé une rencontre aux parties, pour permettre l'échange des points de vue et tenter de trouver une solution amiable. Alors que les HUG ont accepté cette rencontre, le syndicat a décliné cette proposition considérant que les points de vue étaient inconciliables, et que l'avis du préposé fédéral résume parfaitement bien sa prise de position.

La préposée a alors informé les parties, le 7 mai 2013, qu'elle rendra une recommandation d'ici à la fin de l'été prochain, toute détermination complémentaire pouvant lui être adressée d'ici la fin de mois de juin.

Dans le courant du mois d'août 2013, les HUG ont transmis à la préposée les informations complémentaires qu'elle sollicitait, auxquels il sera revenu ultérieurement en cas de besoin.

Dispositions légales

1. Préalablement il convient d'indiquer qu'en application de l'art. 3 let. al. 1 let. c de la loi genevoise sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (ci-après LIPAD) l'institution est soumise aux règles genevoises en matière de données personnelles, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté.

2. Les dispositions pertinentes dans le cas d'espèce sont nombreuses. Elles concernent, d'une part, les relations entre employeurs et employés (A), d'autre part, les conditions relatives au traitement des données personnelles (B) :

A)

Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (OPA, RS 832.30)

Art. 3 Mesures et installations de protection

¹ L'employeur est tenu de prendre, pour assurer la sécurité au travail, toutes les dispositions et mesures de protection qui répondent aux prescriptions de la présente ordonnance, aux autres dispositions sur la sécurité au travail applicables à son entreprise et aux règles reconnues en matière de technique de sécurité et de médecine du travail.

² L'employeur doit veiller à ce que l'efficacité des mesures et des installations de protection ne soit pas entravée.

Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (RPAC ; B 5 05.01)

Art. 5 Etat de santé

¹ Le membre du personnel doit jouir d'un état de santé lui permettant de remplir les devoirs de sa fonction.

² Il peut en tout temps être soumis à un examen médical pratiqué sous la responsabilité du service de santé du personnel de l'Etat.

³ Suite à un examen médical, le médecin-conseil remet à l'intéressé, à l'office du personnel, au chef de service intéressé ainsi qu'à la caisse de prévoyance, une attestation d'aptitude, d'aptitude sous conditions ou d'inaptitude à occuper la fonction. Il précise les contre-indications qui justifient son attestation.

Art. 23 Devoirs d'autorité

Les membres du personnel chargés de fonctions d'autorité sont tenus, en outre :

- a) d'organiser le travail de leur service;
- b) de diriger leurs subordonnés, d'en coordonner et contrôler l'activité;
- c) de veiller à la réalisation des tâches incombant à leur service;
- d) d'assurer l'exécution ou la transmission des décisions qui leur sont notifiées;
- e) d'informer leurs subordonnés du fonctionnement de l'administration et du service;
- f) de veiller à la protection de la personnalité des membres du personnel.

Art. 38 Remise des pièces

¹ Le membre du personnel régulier et l'agent spécialisé reçoivent, au moment de leur engagement, un exemplaire de toute loi et tout règlement fixant le statut et la rémunération du personnel de l'administration ainsi que les prestations sociales.

² Chaque membre du personnel reçoit tout document pouvant lui être utile pour l'accomplissement de sa tâche.

Art. 44 Entretien de service

¹ Un entretien de service entre le membre du personnel et son supérieur hiérarchique a pour objet les manquements aux devoirs du personnel.

Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC ; B 5 05)**Art. 2B Protection de la personnalité**

¹ Il est veillé à la protection de la personnalité des membres du personnel, notamment en matière de harcèlement psychologique et de harcèlement sexuel.

² Des mesures sont prises pour prévenir, constater et faire cesser toute atteinte à la personnalité.

³ Les modalités sont fixées par règlement.

Loi sur la santé (LS ; K 1 03)**Art. 3 Champ d'application**

¹ La présente loi définit et encourage le partenariat entre les acteurs publics et privés du domaine de la santé et régit les soins.

² Sont notamment définis par la présente loi :

- a) les autorités et leur champ de compétences;
- b) les objectifs de promotion de la santé et de prévention;
- c) la planification sanitaire cantonale;
- d) les relations entre patients, membres des professions de la santé, personnes exerçant des pratiques complémentaires et institutions de santé;
- e) l'exercice des professions de la santé;
- f) les pratiques complémentaires;
- g) l'exploitation des institutions de santé;
- h) le contrôle des produits thérapeutiques;
- i) les mesures de police sanitaire;
- j) la surveillance des activités du domaine de la santé.

Art. 16

Mesures de promotion de la santé et de prévention

¹ Les mesures de promotion de la santé et de prévention englobent en particulier :

(...)

e) la détection précoce des risques et des problèmes de santé;

f) le traitement préventif ou précoce des problèmes de santé;

g) le recueil d'informations et la recherche épidémiologique;

(...)

² La conception, la réalisation et l'évaluation de ces mesures font l'objet d'actions spécifiques.

³ Dans chaque domaine où il intervient, l'Etat encourage les attitudes et les conditions de vie qui permettent de prévenir ou de limiter les atteintes à la santé et leurs conséquences et soutient les mesures d'information les concernant.

Règlement concernant les vaccinations obligatoires et facultatives (RVOF ; K 1 15.08)

Art. 11 Vaccination contre la grippe

¹ Pour protéger contre la grippe certains groupes de la population particulièrement exposés, le médecin cantonal peut organiser des vaccinations contre cette maladie notamment dans les établissements hospitaliers, les maisons de vieillesse et les institutions contrôlées par le centre de gériatrie et le service d'information et de coordination pour personnes âgées.

² Les dispositions nécessaires sont prises par le médecin cantonal en accord avec les responsables médicaux des organismes mentionnés à l'alinéa 1.

Directives du comité de direction « protection vaccinale du personnel travaillant au sein des HUG (HUGO.RH.SA.0008)

Fondée sur les règles de la SUVA, cette directive rappelle les obligations de l'employeur et du personnel en matière de prévention des maladies professionnelles, et présente les vaccinations exigées ou recommandées en fonction des infections et de la catégorie de personnel. La vaccination contre la grippe saisonnière est recommandée pour tout le personnel en activité. En cas de non vaccination, le port du masque est obligatoire dans les zones de soins durant la période de l'épidémie. La réglementation institutionnelle relative au port d'un badge en relation avec la prévention contre la grippe doit être appliquée. La directive présente également les règles relatives à l'aptitude à l'embauche.

B) LIPAD :

Art. 35 Base légale

¹ Les institutions publiques ne peuvent traiter des données personnelles que si, et dans la mesure où, l'accomplissement de leurs tâches légales le rend nécessaire.

² Des données personnelles sensibles ou des profils de la personnalité ne peuvent être traités que si une loi définit clairement la tâche considérée et si le traitement en question est absolument indispensable à l'accomplissement de cette tâche ou s'il est nécessaire et intervient avec le consentement explicite, libre et éclairé de la personne concernée. (...)

Art. 36 Qualités des données personnelles

¹ Les institutions publiques veillent, lors de tout traitement de données personnelles, à ce que ces dernières soient :

a) pertinentes et nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches légales;

(...)

Art. 37 Sécurité des données personnelles

¹ Les données personnelles doivent être protégées contre tout traitement illicite par des mesures organisationnelles et techniques appropriées. (...)

Art. 38 Collecte

¹ La collecte de données personnelles doit être faite de manière reconnaissable pour la personne concernée. (...)

Art. 56 Compétences

¹ Le préposé cantonal surveille l'application de la présente loi.

(...)

En matière de protection des données personnelles

³ Il est chargé, en vertu du titre III de la présente loi :

a) d'émettre les préavis et formuler les recommandations requis en vertu de la présente loi;

(...)

c) de conseiller les instances compétentes des institutions publiques sur les mesures d'organisation et les procédures à prescrire en leur sein;

(...)

h) de renseigner d'office ou sur demande les personnes concernées sur leurs droits;

⁴ Le préposé cantonal peut exiger des responsables désignés au sein des institutions publiques tous renseignements utiles sur le traitement des données qui y est effectué. Il a le droit d'accéder aux fichiers qu'elles tiennent et aux données personnelles qu'elles traitent, sauf disposition légale contraire.

⁵ S'il constate la violation de prescriptions sur la protection des données, il recommande au responsable compétent d'y remédier à bref délai. Si la recommandation est rejetée ou n'est pas suivie, il peut porter l'affaire, pour prise de position, auprès des instances mentionnées à l'article 50, alinéa 2, puis recourir contre la prise de position de ladite instance, laquelle est assimilée à une décision au sens de l'article 4 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985.

POSITION DU BUREAU DES PREPOSÉES

Aux termes de la loi, le préposé cantonal peut conseiller les institutions sur les mesures d'organisation et les procédures à prescrire, renseigner sur demande les personnes concernées sur leurs droits, et, en cas de violation par une institution des prescriptions applicables, recommander à l'institution d'y remédier à bref délai. La présente prise de position est rendue sur ces bases.

L'indication par le personnel soignant du fait qu'il est vacciné ou qu'il porte un masque pour protéger les patients consiste en une donnée personnelle, que l'on peut qualifier de sensible. Dès lors, dans l'hypothèse où les conditions légales au traitement d'une telle donnée ne seraient pas remplies, leur violation entraînerait une atteinte à la protection de la personnalité, expressément proscrite de la part de l'employeur, comme on l'a vu ci-dessus.

Ainsi, pour exiger la communication de cette information aux patients, donc le traitement de cette donnée, l'institution doit tout d'abord pouvoir se fonder sur une base légale formelle : la loi doit définir clairement la tâche considérée, et le traitement doit être absolument indispensable à celle-ci (à défaut de consentement explicite, comme ici).

En l'occurrence, la tâche considérée est le fait que l'employeur collecte et communique – ou exige que soit communiquée – de manière univoque à l'attention des patients la mesure prise par le collaborateur ou la collaboratrice pour soit se prémunir du virus, par la vaccination, soit empêcher sa propagation, donc la contamination de patients, par le port d'un masque.

On a vu que s'agissant de la protection de la santé dans un environnement de soins, nombreuses sont les règles qui imposent des obligations tant à l'employeur qu'aux collaborateurs et collaboratrices.

S'agissant de ces derniers, ils doivent suivre les instructions de leur employeur. À défaut, ils peuvent faire l'objet d'une procédure.

Les règles rappelées ci-dessus montrent, en l'occurrence, qu'il est exigible légalement du personnel soignant qu'il prenne toute mesure utile pour protéger les patients de toute contamination par le virus. Ce point n'est d'ailleurs pas discuté par le syndicat. En l'absence d'obligation de se faire vacciner, le personnel a le choix entre deux mesures : la vaccination ou le port d'un masque. Mais il n'a le choix qu'entre ces deux mesures et non pas entre prendre ou non une de ces mesures.

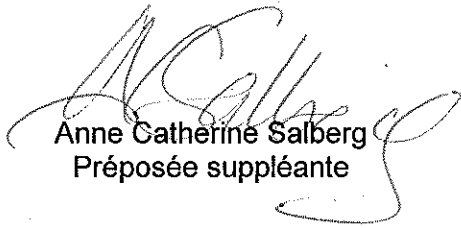
Or, l'institution a dû constater que ses directives n'étaient pas suivies. Ainsi donc, l'obligation de porter le badge, qui vise à informer les patients, est également une mesure de gestion des ressources humaines, rendue indispensable par le manque de respect par le personnel de l'obligation de prendre toutes mesures de protection contre la grippe. C'est par le non-respect des directives claires et légitimes, que le personnel s'est vu imposé l'obligation de communiquer vis-à-vis des patients la mesure qu'il a prise pour les protéger de la grippe, rendant ainsi difficilement contournable l'obligation de prendre effectivement l'une des deux mesures possibles (vaccination ou port de masque).

Par ailleurs, le fait que deux mesures impossibles à détecter par les patients sans mention explicite soient à disposition du personnel, implique que la communication à l'attention des patients de la mesure prise et de sa nature soit faite de manière univoque. Le port du badge litigieux remplit cet objectif.

En résumé, si l'obligation de se faire vacciner ou de porter un masque vise effectivement à protéger les patients de la grippe saisonnière, l'obligation de porter un badge pour indiquer quelle mesure on a prise pour ce faire vise également à informer le patient. Le patient doit savoir qu'il est protégé contre le virus autant que faire se peut. Or, à défaut d'une vaccination systématique du personnel, qui pourrait alors être communiquée de manière générale par les HUG et non de manière personnalisée par chaque membre du personnel, on ne voit pas quelle autre mesure moins intrusive pourrait prendre l'institution. Le but premier de cette obligation de port de badge, qui est d'augmenter le taux de vaccination de son personnel soignant - à défaut de pouvoir l'imposer - est légitime dans une institution en charge de personnes affaiblies, faut-il le rappeler. C'est donc compte tenu de l'ensemble du contexte que le préposé cantonal confirme non seulement la légalité de cette obligation de port de badge, mais également son caractère proportionnel. Pertinente et nécessaire, cette obligation de communiquer une donnée personnelle est conforme à la loi.

Certes, le préposé fédéral a donné un avis contraire. Celui-ci, toutefois, volontairement sommaire puisqu'il répondait à une question d'ordre général, ne repose pas sur une analyse complète et concrète de la problématique. On ne voit d'ailleurs pas comment l'obligation du port du badge litigieux serait discriminatoire - dans le sens pénalisant et non pas seulement discriminant - et de nature à provoquer une violation grave de la sphère privée.

En conclusion, si l'on peut s'étonner que l'institution n'ait pas suivi les règles applicables au personnel ne respectant pas ses instructions légitimes, on ne peut contester la conformité de la mesure prise sous l'angle de la protection des données.


Anne Catherine Salberg
Préposée suppléante

Isabelle Dubois
Préposée
