



Q&R

10 août 2021

Situation juridique concernant :

- **l'obligation de certificat/les tests obligatoires pour le personnel des institutions médico-sociales**
- **le refus de laisser accéder aux institutions médico-sociales les visiteurs qui ne seraient pas en possession d'un résultat de test négatif**

1. Les cantons ont-ils le droit d'imposer aux employés non vaccinés d'institutions médico-sociales¹ de se soumettre à des tests réguliers ?

Les mesures autorisées vis-à-vis de la population ou de certains groupes de personnes sont décrites à l'art. 40 de la loi sur les épidémies (LEp). Concrètement, il est possible d'édicter des prescriptions d'exploitation destinées aux institutions publiques et aux entreprises privées (ou d'ordonner leur fermeture), ainsi que d'interdire ou limiter l'accès à certains bâtiments et zones, ou à des activités spécifiques. Les cantons peuvent dès lors prévoir, en cas de besoin, que les employés non vaccinés d'institutions médico-sociales doivent régulièrement se faire tester. Selon le principe de proportionnalité, il peut être indiqué de n'imposer ces tests qu'au personnel en contact direct avec les patients ou les personnes prises en charge et non au personnel administratif ; du moins si ces deux groupes n'ont aucun contact, ou très peu de contact entre eux, comme c'est par exemple le cas dans les grands hôpitaux.

Du point de vue du droit du travail, rien ne s'oppose à ce qu'un canton ordonne de telles mesures en vertu de la LEp, d'autant plus qu'il est du devoir de l'employeur de protéger la santé de ses employés. Il incombe également aux institutions médico-sociales de protéger la santé de leurs patients ou des personnes qu'elles prennent en charge, ce qui suppose de prendre des dispositions ou mesures au niveau du personnel (exigences en matière de qualifications, examens de l'état de santé, etc.).

Pour savoir si dans les institutions médico-sociales en général, et notamment lors de la mise en œuvre d'une obligation légale (tests obligatoires pour le personnel non vacciné), l'employeur peut ou doit s'informer activement du statut vaccinal de ses employés, il convient de lire la réponse à la question 2.

2. Dans le secteur des institutions médico-sociales, les employeurs ont-ils le droit de s'informer activement auprès de leurs employés pour savoir s'ils sont vaccinés, afin d'adapter de manière optimale leurs plans de protection ?

Les employeurs doivent s'assurer, pour mettre concrètement en œuvre les prescriptions cantonales, d'être à même d'identifier leurs employés astreints aux tests. Des questions se posent ici, à propos notamment des compétences dont dispose l'employeur pour connaître le statut vaccinal, ou encore de

¹ Par institution médico-sociale, il faut entendre tout établissement admettant des personnes en vue de traitements ou de soins, de mesures de réadaptation ou de réadaptation socioprofessionnelle ou d'occupation. Soit notamment les : hôpitaux, EMS, institutions pour personnes handicapées ou pour enfants et adolescents, établissements d'aide aux personnes dépendantes, institutions au service des personnes ayant besoin immédiatement de protection, d'hébergement et de conseils, établissements offrant des mesures d'insertion professionnelle aux personnes dépendantes, foyers et structures d'accueil similaires. Ces explications valent aussi, *mutatis mutandis*, aux services d'aide et de soins à domicile.

l'usage pouvant être fait du certificat. À titre préliminaire, il convient de clarifier ici la situation du point de vue du droit du travail et sur le plan de la protection des données. Trois questions, portant chacune sur un aspect à envisager séparément, se posent dans ce contexte :

- a. L'employeur a-t-il le droit, du point de vue du droit du travail, de poser des questions sur le statut vaccinal ou le statut de guérison ?
- b. Le « statut vaccinal » et le « statut de guérison », qui relèvent des données en matière de santé, peuvent-ils être traités dans le cadre professionnel ?
- c. Comment doit-on traiter ces données, dans le cadre des relations de travail ?

Ad a.

Dans le cas des rapports de travail de droit privé comme de droit public, il incombe à l'employeur de protéger la santé de ses employés. En outre, toute institution médico-sociale a le devoir de protéger la santé de ses patients ou des personnes qu'elle prend en charge, ce qui l'amène à prendre des mesures au niveau de son personnel. Les tâches confiées dépendent par exemple du niveau de qualification, mais aussi de l'état de santé des employés, dans une optique de lutte contre les maladies transmissibles.

Dans les institutions médico-sociales, il peut être nécessaire de connaître le statut vaccinal du personnel, afin d'optimiser les mesures de protection en place (p. ex. soins aux patients immunosupprimés ou aux résidents non vaccinés exclusivement prodigués par du personnel vacciné). Il est permis, du point de vue du droit du travail (pour la protection des données, voir ci-dessous Ad b.), de s'informer activement du statut de protection si ce dernier est important pour la protection des employés ainsi que des personnes prises en charge. Cette condition est généralement remplie dans le cas du personnel spécialisé en contact direct avec les patients ou les personnes prises en charge ; et le cas échéant pour les autres employés, dans la mesure où ils sont en contact avec le personnel spécialisé. L'art. 328b CO précise les conditions-cadres applicables aux rapports de travail de droit privé : les données personnelles ne peuvent être traitées qu'aux conditions suivantes : premièrement, les données doivent porter sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ; deuxièmement, les données doivent être nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En d'autres termes, les données concernant la santé dont s'informe l'employeur doivent être en rapport avec le poste de travail occupé.

Ad b.

Le statut vaccinal et le statut de guérison font partie des données relatives à la santé, et constituent à ce titre des données sensibles. Le traitement de telles données peut être admissible ou non, selon que des acteurs privés ou étatiques s'en chargent.

- Dans les rapports de travail de droit privé, il est permis de traiter de telles données, à condition de ne pas violer la personnalité des personnes concernées. En cas d'atteinte à la personnalité, l'employeur privé doit avoir un motif légitime de traiter les données relatives à la santé, soit le consentement de la personne concernée, ou justifier d'un intérêt prépondérant, public ou privé, à agir ainsi. Le consentement n'est toutefois valable qu'à titre exceptionnel dans les rapports de travail où, bien souvent, le caractère volontaire requis fait défaut, en raison du lien de subordination existant.
- Les institutions étatiques ne peuvent traiter de telles données que si une base légale le prévoit. Une telle base peut notamment figurer dans le droit cantonal du personnel. Son existence dépend, dans chaque cas d'espèce, du droit cantonal concerné. En vertu du principe de proportionnalité, il peut être indiqué de n'autoriser ce genre de demandes relatives à la santé qu'auprès de la partie du personnel qui est en contact direct avec les patients ou les personnes prises en charge, et non du personnel administratif ; du moins si les deux groupes n'ont aucun contact ou alors que très peu de contacts entre eux, comme dans les grands hôpitaux. Les demandes d'informations pourront sinon être étendues à d'autres employés.

Ad c.

Il s'agit ici de savoir s'il faut recourir pour le traitement des données à un médecin-conseil, ou quelles données l'employeur est autorisé à traiter lui-même. Les considérations suivantes guideront le choix

des employeurs privés : si le statut vaccinal est en rapport direct avec l'orientation des mesures de protection (et on peut considérer que tel est le cas dans les institutions médico-sociales, pour la prise en charge des patients ou résidents), il doit être admissible que l'employeur dispose directement des données correspondantes. À plus forte raison si les cantons rendent les tests obligatoires pour le personnel de santé non vacciné en contact avec les patients (voir question 1 ci-dessus). L'employeur a dès lors le droit (et le devoir) de traiter les données relatives à la santé qui sont nécessaires à la mise en œuvre d'une telle prescription. Concrètement, cela signifie qu'il peut demander à connaître le statut vaccinal et le statut de guérison, par exemple en exigeant la présentation d'un certificat COVID-19, une telle information étant nécessaire en vue du triage des employés encore astreints à des tests. L'employeur n'est toutefois autorisé à traiter ces indications que pour déterminer si des tests s'imposent, ce qui suppose des règles strictes (traitement réservé à des personnes ou unités d'organisation chargées des vérifications concernant l'obligation de test, suppression des données dès qu'elles ne sont plus nécessaires, etc.). Les employeurs étatiques ou cantonaux prendront en compte le droit de la protection des données et le droit du personnel applicables.

3. Les cantons peuvent-ils astreindre par voie d'ordonnance les visiteurs de leurs institutions médico-sociales à produire un certificat COVID-19 ?

Les mesures autorisées vis-à-vis de la population ou de certains groupes de personnes sont décrites à l'art. 40 LEp. Il est en particulier possible de fermer des institutions publiques ou des entreprises privées, ou d'en réglementer le fonctionnement, ainsi que d'interdire ou limiter l'accès à certains bâtiments et zones, ou à des activités spécifiques. Afin de protéger les patients ou les personnes prises en charge par des institutions médico-sociales, sachant qu'il s'agit très souvent de personnes vulnérables, les cantons peuvent dès lors astreindre les visiteurs à présenter un certificat COVID-19. Il s'agit d'une mesure moins restrictive que, par exemple, une interdiction de visite ou encore la limitation des visites à un bref moment ou à des locaux spécifiques, mesures que les cantons peuvent également ordonner en vertu de l'art. 40 LEp.

Une telle mesure peut être prescrite aux institutions médico-sociales tant privées que de droit public.

La mise en œuvre de cette prescription n'a aucune influence sur l'obligation de port du masque inscrite dans le droit fédéral, qui continue de s'appliquer dans les espaces intérieurs de ces institutions qui sont accessibles au public (il n'existe pas d'obligation de certificat pour les patients ou résidents).

FOP / DUD/ GMR ; consolidé avec OFJ / SECO / PFPDT