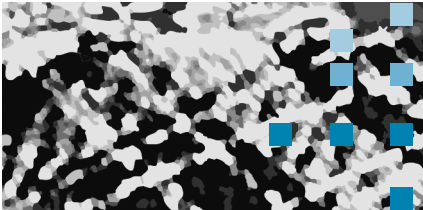




Nul n'est censé ignorer... quel est le statut juridique des soignants atteints de maladies transmissibles par le sang (2)



Rev Med Suisse 2008; 4: 1461-2

Coordination rédactionnelle :

Antonella Cereghetti et Odile Pelet
Avocates au Barreau

Auteur :

Dr Mirela Caci
Médecin, juriste
Adjointe à la Direction médicale
CHUV, 1003 Lausanne

La problématique des soignants atteints par des infections transmissibles par le sang soulève des questions délicates à plusieurs égards. Il en va ainsi de la protection de la santé et de la sphère privée des personnes atteintes, ainsi que de celle de la santé des patients et de la sauvegarde des intérêts

de l'employeur (établissement de soins).

La première partie de cet article (*RMS* du 19 mars 2008) a traité de l'information à donner sur l'état de santé du soignant lors de son engagement et des mesures à prendre afin de prévenir la transmission de l'infection dans les rapports de travail.

Cette seconde partie résume brièvement la problématique de la communication des données personnelles du soignant atteint d'une maladie transmissible par le sang et les modalités de continuation de ses rapports de travail.

COMMUNICATION DES DONNÉES PERSONNELLES DURANT LES RAPPORTS DE TRAVAIL

Communication par l'employeur à des tiers

L'état de santé d'une personne fait partie des informations à caractère personnel qui bénéficient d'une protection spéciale.¹ L'accès de tierces personnes aux données relatives à la santé d'un individu est exclu en principe, à moins qu'un fait justificatif (le consentement de l'intéressé, la loi ou un intérêt prépondérant privé ou public) légitime pareil accès.² L'art. 328b CO fonde une présomption de licéité : d'une part, si les informations intéressent les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ; d'autre part, si elles sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. Cette présomption est importante car elle sert les intérêts légitimes de l'entreprise, dont le bon fonctionnement bénéficie non seulement à l'employeur lui-même, mais aussi aux travailleurs, aux clients et à la collectivité.³

Il résulte de ces considérations que le soignant infecté a droit à un strict respect de la confidentialité : son état ne pourra être révélé qu'aux personnes qui auraient besoin de cette information pour la prise en charge ou la bonne exécution du travail (mise en œuvre de mesures de protection spécifiques au travail ou du suivi médical du soignant, par exemple).

Quid de l'information aux patients

Il est établi qu'une atteinte à l'intégrité corporelle, à l'exemple d'une intervention chirurgicale, est illicite à moins qu'il n'existe un fait justificatif, tel le consentement du patient.⁴ Le patient doit être informé de la nature et des conséquences de l'intervention et y donner son accord préalable.⁵ Le droit du patient d'être informé et de se déterminer en conséquence est lié à l'existence d'un risque inhérent à tout acte médical, risque qui ne peut être assumé que par celui qui y est exposé.⁶

Des limitations, voire des exceptions au devoir d'information du médecin ne sont admises que dans des cas très précis, par exemple lorsqu'il s'agit d'actes courants sans danger particulier et n'entraînant pas d'atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle, s'il y a une urgence confinant à l'état de nécessité ou si, dans le cadre d'une opération en cours, il y a une nécessité évidente d'en effectuer une autre.⁷ Le médecin doit, par ailleurs, veiller à ne pas inquiéter inutilement le patient en suscitant chez ce dernier un état d'anxiété préjudiciable à sa santé.⁸

A la lumière des principes rappelés ci-dessus, les risques de transmission soignant-patient étant plus faibles que ceux de la transmission inverse et pour autant que toutes les mesures adaptées de prévention de transmission soient strictement appliquées, il serait à notre avis délicat et pas justifié de porter cet élément à la connaissance du patient.

CONTINUATION DES RAPPORTS DE TRAVAIL D'UN SOIGNANT ATTEINT D'UNE MALADIE TRANSMISSIBLE

Il convient enfin d'examiner ce que peut faire un employeur lorsqu'un de ses employés est atteint d'une maladie transmissible. Mis à part les mesures d'accompagnement et de prise en charge

1 Cf. art. 12 al. 2 litt. c LPD.

2 Cf. art. 13 LPD.

3 Aubert G. La protection des données dans les rapports de travail. In: Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale. Zurich, 1999; p. 150.

4 Cf. art. 28 al. 2 CC. Voir aussi ATF 133 III 121, consid. 4.1.1 et 4.1.2.

5 Cela résulte tant de la législation cantonale, – à titre d'exemple les art. 23 ss LSP-VD – que des règles régissant le contrat de mandat (art. 398 al. 2 CO).

6 ATF 114 la 350 consid. 6.

7 En l'absence de consentement éclairé, la jurisprudence reconnaît au médecin la faculté de soulever le moyen du consentement hypothétique du patient: ATF 133 III 121, consid. 4.1.3.

8 Cette possibilité, reconnue au médecin, de moduler son information, appelée «privilège thérapeutique», ne doit bien sûr pas vider de sa substance l'obligation de renseigner: TF, arrêt 4P.110/2003 du 26 août 2003, consid. 3.1.1. Voir aussi, Dominique Manai. Le devoir d'information du médecin en procès. SJ 2000 II, p. 351.



médicale de l'employé, il s'agira de distinguer notamment selon que la maladie a ou non une influence sur la qualité de ses prestations ou sur la sécurité de tiers.

Licenciement ordinaire

En premier lieu, l'article 335 CO permet à chaque partie de résilier le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée moyennant le respect de certains délais.⁹ Quels que soient les motifs invoqués par l'employeur, la résiliation sera valable, à moins que le congé ait été donné durant l'une des périodes de protection prévues à l'art. 336c CO (par exemple pendant une période d'incapacité de travail).¹⁰

Licenciement immédiat pour justes motifs

Des faits propres à détruire la confiance qu'impliquent les rapports de travail peuvent donner lieu à une résiliation immédiate fondée sur de justes motifs (art. 337 CO). Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat.¹¹ Un tel manquement suppose que le travailleur ait violé soit l'une de ses obligations au travail, soit son devoir de fidélité.

On voit difficilement comment l'état de santé d'un travailleur pourrait justifier une telle résiliation. Si l'information relative à la santé du candidat n'avait pas à être révélée au moment de l'embauche, l'employeur ne pourrait évidemment pas se prévaloir d'un éventuel mensonge de son travailleur pour le licencier avec effet immédiat. Si le candidat avait au contraire l'obligation de révéler à l'employeur l'information relative à sa santé, il faut alors se demander si une telle entorse au principe de la bonne foi dans les pourparlers précontractuels est susceptible de ruiner

la confiance de l'employeur envers son travailleur. La réponse semble négative.¹²

En revanche, si le travailleur refuse avec persistance de donner suite aux directives de sécurité de l'employeur, le rapport de confiance peut être détruit à un point tel qu'il ne saurait être exigé de la part de l'employeur d'attribuer au travailleur une autre place de travail jusqu'à l'expiration du délai de congé ordinaire.¹³

Licenciement abusif

Pour être qualifié d'abusif, l'art. 336 CO al. 1 litt. a CO suppose premièrement que le congé ait été donné pour un motif *inhérent à la personnalité* de la personne congédiée (dont fait partie la maladie) et, deuxièmement, que ce motif n'ait pas de lien avec le rapport de travail ou ne porte pas sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise.¹⁴

Si le travailleur apporte la preuve que le congé lui a été signifié pour des raisons tenant à sa santé, la résiliation devrait donc en principe être déclarée abusive, à moins que l'état de santé du travailleur ne se traduise par de longues ou de fréquentes absences qui, compte tenu du poste occupé par ce dernier, perturbent considérablement la bonne marche de l'entreprise. Doit également être réservée l'hypothèse où la maladie serait incompatible avec l'activité en cause¹⁵ ou si le travailleur présente un risque d'infection pour les tiers.

CONCLUSION

La position du soignant atteint d'une maladie transmissible pose de nombreuses questions. Comme bien souvent en matière de droit du travail, les circonstances personnelles du travailleur et les intérêts de l'employeur doivent être mis en balance; d'où la difficulté de donner une réponse univoque.

Cela dit, l'employeur doit protéger la personnalité du travailleur, ce qui entraîne de nombreuses conséquences. D'une part, l'employeur ne peut poser à un candidat que des questions qui sont en rapport avec le poste convoité, auxquelles le candidat doit répondre avec vérité, sous réserve du «*droit au mensonge*» que d'aucuns admettent en réponse à des questions illicites. Il s'agit donc d'une notion à géométrie variable qui dépendra essentiellement de la nature de l'emploi et des risques d'infection. Le candidat est même tenu de révéler spontanément au

futur employeur toute circonstance personnelle qui l'empêcherait d'emblée d'accomplir son travail. D'autre part, le respect de la personnalité du travailleur impose à l'employeur une obligation de traiter les données personnelles avec la plus grande discrétion, en ne communiquant des données médicales qu'aux seules personnes directement intéressées.

Le licenciement d'un soignant infecté ne pourra être admis que si la maladie influence les prestations du travailleur; si son infection n'est pas préjudiciable aux intérêts de l'employeur, de collègues ou de patients, un licenciement en raison précisément de cette maladie serait abusif. On excepte l'hypothèse dans laquelle le travailleur ne respecterait pas les mesures de sécurité mises en œuvre par l'employeur et mettrait ainsi en danger la santé des tiers.

Les obligations de l'employeur et de l'employé pour protéger la santé de ce dernier mais aussi le patient d'une maladie transmissible, sont encore peu connues. L'OFSP est en train de préparer des recommandations dans ce domaine qui devraient permettre d'appliquer les mêmes règles dans tout le système de santé helvétique.

Pour davantage de détails sur ces questions, voir:

M. Caci. Professionnels de la santé atteints de maladies transmissibles par le sang: obligations de l'employeur et protection des données. In: Bettina Kahil-Wolff/Rémy Wyler. Le droit social dans la pratique de l'entreprise. IRAL vol. 32. Berne: 2006, p. 137 ss.

9 Art. 335a à 335c CO.

10 ATF 128 III 212, consid. 3a.

11 TF, arrêt 4A_170/2007 du 9 août 2007, consid. 4.1.

12 Guillod O. Secret médical et rapports de travail. In: Journée 1997 de droit du travail et de la sécurité sociale. Zurich, 1999; p. 77 s.

13 TF, arrêt du 28 juillet 2000, 4C.161/2000, consid. 2b. Voir aussi Rémy Wyler. Droit du travail. Berne, 2002; p. 223.

14 Arrêt 4C.46/2006 du 12 avril 2006, consid. 3.1. Voir aussi Olivier Guillod. Secret médical et rapports de travail. In: Journée 1997 de droit du travail et de la sécurité sociale. Zurich, 1999; p. 77.

15 Guillod O. Secret médical et rapports de travail. In: Journée 1997 de droit du travail et de la sécurité sociale. Zurich, 1999; p. 77.