



Chambre Contentieuse

Décision en appel 143/2021 du 22 décembre 2021

Numéro de dossier : DOS-2021-07613

Objet : Recours contre une mesure provisoire - Réseau hospitalier c. Service d'Inspection

La Chambre Contentieuse de l'Autorité de protection des données, constituée de Monsieur Hielke Hijmans, président, et de Messieurs Dirk Van Der Kelen et Jelle Stassijns, membres ;

Vu le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE* (Règlement général sur la protection des données), ci-après "RGPD" ;

Vu la Loi du 3 décembre 2017 *portant création de l'Autorité de protection des données*, ci-après "LCA" ;

Vu les pièces du dossier ;

a pris la décision suivante concernant :

La partie requérante : le Réseau hospitalier X, représenté par Me Inger Verhelst

Le défendeur : le Service d'Inspection de l'Autorité de protection des données, rue de la Presse 35, 1000 Bruxelles

I. Faits et procédure

1. Le 8 décembre 2021, l'Autorité de protection des données (ci-après l'APD) reçoit une requête en appel contre la mesure provisoire imposée par le Service d'Inspection par la décision du 10 novembre 2021 à l'égard du Réseau hospitalier X. La mesure provisoire a été imposée en application de l'article 70 de la LCA¹ et vise à "ordonner la suspension temporaire de la vérification et du traitement du statut vaccinal contre le Covid-19 de candidats auprès de la partie requérante". La requête vise à ce que le recours introduit contre la mesure provisoire soit déclarée recevable et fondée et à ce que la décision susmentionnée du défendeur d'imposer la mesure provisoire soit intégralement annulée.
2. Le 15 novembre 2021, la partie requérante s'oppose par écrit à la mesure provisoire conformément à l'article 70, alinéa 2 de la LCA qui prévoit que la partie concernée peut faire connaître ses griefs, soit verbalement, soit par écrit, dans un délai de cinq jours à partir de l'exécution de la mesure. Le 16 novembre 2021, le défendeur confirme la réception des griefs écrits.
3. Le 10 décembre 2021, la Chambre Contentieuse constate que le recours a été introduit par requête motivée et signée, déposée dans le délai de trente jours suivant la notification de la décision du défendeur, de sorte qu'il est ainsi satisfait aux prescriptions telles que définies à l'article 71 de la LCA². La Chambre Contentieuse a ainsi été saisie en vertu de l'article 92, 2° de la LCA³.
4. Le 10 décembre 2021 également, la Chambre Contentieuse procède à l'octroi au défendeur d'un délai pour l'introduction de conclusions. La date limite pour la réception des conclusions en réponse du défendeur est fixée au 16 décembre 2021. En application de l'article 93 de la LCA⁴, la Chambre Contentieuse prévoit en outre que les parties seront entendues afin de lui permettre d'apprécier si le défendeur pouvait ou non imposer de manière licite la mesure provisoire telle que définie dans la

¹ Article 70 de la LCA. *L'inspecteur général et les inspecteurs peuvent ordonner la suspension, la limitation ou le gel temporaire du traitement de données qui font l'objet d'une enquête s'il convient d'éviter une situation susceptible de causer un préjudice grave, immédiat et difficilement réparable.*

Les parties concernées peuvent être entendues par l'inspecteur général ou un inspecteur avant qu'une mesure provisoire soit exécutée. Si les parties concernées ne sont pas entendues au préalable, elles peuvent faire connaître leurs griefs, soit verbalement, soit par écrit, dans un délai de cinq jours à partir de l'exécution de la mesure.

La décision du service d'inspection est motivée et fixe la durée de la mesure provisoire qui peut être de trois mois, prorogeable d'une nouvelle durée de trois mois au maximum.

² Article 71 de la LCA. *Un recours auprès de la chambre contentieuse est ouvert aux parties concernées contre les mesures visées à l'article 70. Le recours ne suspend pas la mesure.*

Le recours est intenté par demande motivée et signée, déposée au secrétariat de la chambre contentieuse à peine de déchéance dans les 30 jours de la notification de la décision par envoi recommandé avec avis de réception.

³ Article 92 de la LCA. La chambre contentieuse peut être saisie par :

1° [...]

2° une partie concernée qui introduit un recours contre des mesures du service d'inspection, conformément aux articles 71 et 90 ;

3° [...]

⁴ Article 93 de la LCA. *La procédure devant la chambre contentieuse est en principe écrite. Toutefois la chambre contentieuse peut entendre les parties concernées.*

décision du 10 novembre 2021. Les parties sont informées du fait que l'audition aura lieu le 22 décembre 2021.

5. Le 16 décembre 2021, la Chambre Contentieuse reçoit les conclusions en réponse du défendeur, qui reprennent l'argumentation développée dans l'ordonnance de suspension temporaire. Le défendeur communique également qu'il renonce à la possibilité de participer à l'audition.
6. Le 22 décembre 2021, la partie requérante est entendue par la Chambre Contentieuse et a ainsi l'occasion de faire valoir ses arguments. La partie requérante expose les éléments de sa requête et renvoie, à titre de nouvel élément, à la doctrine, plus précisément à un article intitulé "COVID-19 en verwerking van gezondheidsgegevens op de werkvloer"⁵ (Ndt : Covid-19 et traitement de données de santé sur le lieu de travail - uniquement disponible en néerlandais), pour étayer son argumentation selon laquelle il n'est pas question d'un quelconque traitement.

II. Motivation

A. Portée de la décision

7. Avant d'examiner les moyens exposés dans la requête, la Chambre Contentieuse précise qu'elle a été saisie en vertu de l'article 71 de la LCA, afin d'examiner le recours introduit contre une mesure provisoire du défendeur. La portée de la présente décision doit se limiter à l'objet de la saisine. Cela signifie que la Chambre Contentieuse doit déterminer si le défendeur pouvait ou non imposer de manière licite la mesure provisoire telle que définie dans la décision du 10 novembre 2021. Dans la présente décision, la Chambre Contentieuse rend une décision sur la licéité de la mesure provisoire sans toutefois se prononcer sur le fond de l'affaire.
8. La Chambre Contentieuse attire également l'attention sur le fait que cette décision n'a pas pour but de se prononcer sur l'utilité de la vaccination, ou encore de la vaccination obligatoire. La Chambre Contentieuse reconnaît évidemment l'importance des instruments utilisés pour combattre la pandémie de COVID-19, dont la vaccination représente un facteur extrêmement important. La présente décision ne remet donc pas en question l'obligation de vaccination. La Chambre Contentieuse se prononce uniquement sur la base juridique permettant de soumettre le citoyen à une mesure déterminée en lien avec la vaccination dans le contexte juridique actuel.

⁵ Simon Taes, Arbeidsrecht Journaal 2021: *'Er kan daarentegen geen sprake zijn van een geautomatiseerde gegevensverwerking bij een louter mondelinge vraag van een werkgever aan werknemers zonder dat deze informatie opgenomen wordt in een bestand.'* ["Il ne peut par contre être question d'un traitement automatisé de données en cas de simple question orale d'un employeur à des travailleurs sans que les informations soient reprises dans un fichier" - Traduction libre effectuée par le Secrétariat Général de l'Autorité de protection des données, en l'absence de traduction officielle]

B. Champ d'application matériel du RGPD

9. La partie requérante avance qu'il convient d'établir une distinction entre deux éléments mentionnés dans l'ordonnance du défendeur, à savoir la vérification du statut vaccinal Covid-19 de candidats d'une part et le traitement de ces données d'autre part. La partie requérante déclare qu'elle demande uniquement oralement leur statut vaccinal aux candidats et qu'elle ne traite ou n'a traité aucune donnée relative à la vaccination contre le Covid-19 de candidats. La partie requérante affirme dès lors qu'en l'absence de traitement de données au sens de l'article 2.1 du RGPD, le RGPD ne s'applique pas et que le défendeur n'avait donc pas la compétence d'imposer la mesure provisoire.
10. La Chambre Contentieuse se réfère tout d'abord à l'article 4. 2) du RGPD⁶ qui définit la notion de traitement comme étant toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, dont l'extraction de données. Cela signifie qu'il est établi que le fait de demander des informations concernant des données à caractère personnel, en l'occurrence le statut vaccinal des candidats, constitue un traitement au sens de l'article 4. 2) du RGPD.
11. La Chambre Contentieuse examine ci-après si le traitement qui consiste à demander le statut vaccinal de candidats relève du champ d'application du RGPD tel que défini à l'article 2.1 du RGPD, lequel exige qu'il s'agisse d'un traitement automatisé en tout ou en partie ou d'un traitement de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier.
12. Sur la base de la publication figurant sur la page Internet de la partie requérante, où il est indiqué aux candidats qui postulent que s'ils ne sont pas vaccinés, ils ont la possibilité de se faire vacciner lors du recrutement, en précisant qu'en cas de refus, le candidat ne serait pas embauché, la Chambre Contentieuse se doit de constater que la partie requérante dispose d'informations quant au statut vaccinal de chacun des candidats. En effet, l'exigence de vaccination comme condition préalable au recrutement implique *ipso facto* que la partie requérante connaisse le statut vaccinal de chaque candidat. Un candidat non-vacciné ne sera recruté qu'après vaccination. Les candidats seront donc par définition séparés en deux groupes : les vaccinés et les non-vaccinés. Seuls les candidats vaccinés pourront effectivement être recrutés. Afin d'atteindre la finalité que la partie requérante recherche, à savoir ne recruter que des candidats vaccinés, elle va donc nécessairement devoir procéder au traitement de la donnée "statut vaccinal" liée à une personne déterminée et identifiée, à savoir le candidat concerné.

⁶ Article 4. 2) du RGPD - "traitement" : toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction ;

13. Malgré l'affirmation de la partie requérante selon laquelle le candidat n'est interrogé que verbalement et que dans un second temps, une preuve de vaccination est uniquement lue sans aucune conservation, note, annotation ou enregistrement, la Chambre Contentieuse estime que la partie requérante ne justifie pas de façon plausible de quelle façon elle atteindrait alors sa propre finalité, à savoir recruter uniquement des candidats vaccinés. La partie requérante nie tout simplement que le statut vaccinal soit traité, mais elle ne démontre pas de quelle façon la finalité qu'elle vise peut être atteinte sans le traitement de ces informations au sens du RGPD. Comme indiqué sur la page Internet concernée, les non-vaccinés ne peuvent être recrutés qu'après s'être fait vacciner. Cela signifie que la partie requérante devrait au moins enregistrer d'une quelconque façon - et donc traiter au sens de l'article 2.1 du RGPD - quel candidat ne satisfait pas à l'exigence préalable pour le recrutement, à savoir "être vacciné". Si un tel traitement préalable au recrutement n'avait pas lieu, la vérification du statut vaccinal lors de la phase de candidature serait effectivement totalement dépourvue de sens. Il suffirait alors, au moment où l'on propose effectivement à la personne concernée de procéder au recrutement, de vérifier son statut vaccinal en demandant, si la vaccination est confirmée, de fournir une preuve de vaccination, ou en l'absence de vaccination, de demander à la personne concernée de se faire vacciner. Vu que la partie requérante déclare que le statut vaccinal du candidat est vérifié dès la phase de candidature et qu'il ressort des éléments du dossier, comme cela a aussi été confirmé lors de l'audition, qu'aucune autre motivation n'est donnée que le fait que l'information communiquée suite à cette vérification est déterminante pour le recrutement éventuel, l'argumentation de la partie requérante ne suffit pas à convaincre la Chambre Contentieuse de l'absence de tout traitement de données au sens de l'article 2.1 du RGPD. La partie requérante ne peut pas démontrer que la finalité visée 'recrutement de vaccinés' peut être réalisée sans traitement de données. Les informations préalables obtenues pendant la phase de candidature visent à permettre à la partie requérante d'adapter son recrutement en conséquence, ce qui implique un traitement. Le fait que le statut vaccinal soit vérifié dès l'étape de l'entretien d'embauche prouve qu'il ne s'agit pas ici uniquement d'un instantané où la simple prise de connaissance par la partie requérante de la réponse à cette vérification ne constituerait pas un traitement. Il s'agit au contraire d'une demande d'information ayant un impact sur le déroulement ultérieur de la procédure débouchant ou non sur le recrutement. En vue de la réalisation de la finalité visée - recruter uniquement des candidats vaccinés - la réponse à la vérification du statut vaccinal qui est effectuée lors de la candidature implique nécessairement un traitement d'une donnée à caractère personnel. Il est difficilement concevable qu'aucun traitement n'intervienne, surtout vu l'ampleur du réseau hospitalier qui emploie des milliers de collaborateurs.
14. En outre, la Chambre Contentieuse fait remarquer que sur la page Internet en question, la partie requérante indiquait "anticiper sur la loi" en prévoyant d'ores et déjà la vaccination obligatoire pour les nouveaux collaborateurs. L'intention de la partie requérante d'agir de la sorte, qu'elle décrit elle-même comme étant la volonté de protéger de manière optimale ses collaborateurs et ses patients, ce à quoi elle s'est engagée en tant que réseau hospitalier, est louable.

15. Toutefois, la Chambre Contentieuse doit adopter un point de vue sur la base des éléments juridiques du dossier. À cet égard, on ne peut ignorer le fait que la loi de vaccination obligatoire du personnel soignant envisagée par le gouvernement fédéral n'a pas encore été votée au parlement ni publiée au *Moniteur belge* et n'est donc pas encore entrée en vigueur. Élaborer une législation et, le cas échéant, imposer des obligations aux citoyens, est l'apanage du législateur. Dans le cas présent, cette compétence revient au législateur fédéral qui détermine non seulement le contenu concret de la loi, mais aussi la date à laquelle la loi relative à la vaccination obligatoire du personnel soignant - qui doit encore être adoptée - entrera en vigueur. Il n'appartient pas à chaque réseau hospitalier ou à chaque hôpital distinct d'imposer lui-même certaines règles en l'absence de la base légale nécessaire et encore inexistante à cet effet, susceptible d'offrir les garanties y afférentes pour la protection des personnes concernées. En imposant des règles de manière unilatérale, la partie requérante se substitue pour ainsi dire au législateur. La Chambre Contentieuse ne peut l'accepter.

C. Le statut vaccinal en tant que donnée de santé

16. La partie requérante conteste que le statut vaccinal constitue une donnée de santé au sens de l'article 4. 15) du RGPD⁷, comme indiqué par le défendeur dans la mesure provisoire. Selon la partie requérante, le statut vaccinal ne comporte aucune information sur la santé physique ou mentale d'une personne.

17. La Chambre Contentieuse attire l'attention sur le fait que la partie requérante méconnaît le considérant 35 du RGPD qui explique la portée de l'article 4. 15) du RGPD et dont il ressort clairement que les données à caractère personnel concernant la santé comprennent l'ensemble des données se rapportant à l'état de santé d'une personne concernée qui révèlent des informations sur l'état de santé physique ou mentale passé, présent ou futur de la personne concernée.⁸ La notion de données de santé doit faire l'objet d'une large interprétation. Elle englobe non seulement l'état de santé actuel de la personne concernée, mais aussi l'évolution possible de sa santé dans le futur. Il est certain que - comme la partie requérante le souligne elle-même - le risque de contamination au Covid-19 est particulièrement élevé. Les personnes qui ne sont pas

⁷ Article 4. 15) du RGPD - "données concernant la santé" : les données à caractère personnel relatives à la santé physique ou mentale d'une personne physique, y compris la prestation de services de soins de santé, qui révèlent des informations sur l'état de santé de cette personne ;

⁸ Considérant 35 du RGPD. Les données à caractère personnel concernant la santé devraient comprendre l'ensemble des données se rapportant à l'état de santé d'une personne concernée qui révèlent des informations sur l'état de santé physique ou mentale passé, présent ou futur de la personne concernée. Cela comprend des informations sur la personne physique collectées lors de l'inscription de cette personne physique en vue de bénéficier de services de soins de santé ou lors de la prestation de ces services au sens de la directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil (1) au bénéfice de cette personne physique ; un numéro, un symbole ou un élément spécifique attribué à une personne physique pour l'identifier de manière unique à des fins de santé ; des informations obtenues lors du test ou de l'examen d'une partie du corps ou d'une substance corporelle, y compris à partir de données génétiques et d'échantillons biologiques ; et toute information concernant, par exemple, une maladie, un handicap, un risque de maladie, les antécédents médicaux, un traitement clinique ou l'état physiologique ou biomédical de la personne concernée, indépendamment de sa source, qu'elle provienne par exemple d'un médecin ou d'un autre professionnel de la santé, d'un hôpital, d'un dispositif médical ou d'un test de diagnostic in vitro.

vaccinées encourent un risque important d'être contaminées à l'avenir, avec pour conséquence une possible évolution grave de la maladie. Cela explique aussi que le statut vaccinal de la personne concernée soit repris dans son dossier médical.

18. La Chambre Contentieuse constate que la partie requérante réduit la notion de donnée de santé au fait d'être malade ou non en affirmant qu'une personne vaccinée peut être malade et qu'une personne non-vaccinée peut être en bonne santé. Comme expliqué ci-avant, cette interprétation de la notion de donnée de santé ne correspond pas à celle de l'article 4. 15) et du considérant 35 y afférent du RGPD. Il est clair pour la Chambre Contentieuse que le statut vaccinal d'une personne, en l'occurrence le candidat, constitue indéniablement une donnée de santé.
19. Cela implique que la base juridique en vertu de laquelle le traitement du statut vaccinal intervient doit être examinée à la lumière de l'article 9.2 du RGPD.
20. La partie requérante invoque dans ce cas l'article 9.2 b) du RGPD et son obligation en tant qu'employeur dans le cadre de la loi du 4 août 1986 relative au bien-être des travailleurs en vertu de laquelle elle est responsable de la protection de la santé de ses travailleurs et dont découlerait l'obligation d'élaborer des mesures, sur la base d'un système de gestion dynamique des risques, afin de prévenir/limiter le risque d'infection au Covid-19 ou les dommages dus à une telle infection.
21. Il est évident que la loi relative au bien-être des travailleurs, que la partie requérante invoque afin de tenter de fonder *post factum* le traitement du statut vaccinal sur une base légale, est insuffisante pour permettre à l'employeur de contraindre le personnel à se faire vacciner. Ceci est en outre confirmé par le gouvernement fédéral car la décision de principe d'imposer la vaccination au personnel soignant a précisément été prise le 20 août 2021 et sera appliquée à partir du 1^{er} janvier 2022, avec comme conséquence, à partir d'avril 2022, le licenciement en cas de refus. La partie requérante indiquait non seulement sur la page Internet "anticiper sur la loi", mais dans la requête également, il est mentionné que la partie requérante souhaite protéger son personnel et ses patients contre de futurs foyers d'infection "en attendant l'ancrage légal de cette obligation vaccinale".
22. La Chambre Contentieuse en conclut dès lors que l'article 9.2 b) du RGPD ne peut pas être retenu comme base juridique pour le traitement du statut vaccinal de candidats.

D. Critère de 'préjudice grave, immédiat et difficilement réparable'

23. La partie requérante avance que le refus de recruter des candidats qui persistent à refuser la vaccination n'entraîne pas de préjudice grave, immédiat et difficilement réparable pour les candidats concernés, vu qu'ils devront quitter le secteur des soins à court terme et qu'il est préférable qu'ils recherchent d'ores et déjà une réorientation sur le marché du travail. Ainsi, la partie requérante déclare que le défendeur n'aurait pas respecté la condition reprise à l'article 70, premier

alinéa de la LCA pour pouvoir imposer une mesure provisoire, à savoir la nécessité d'une telle mesure pour éviter un préjudice grave, immédiat et difficilement réparable.

24. La Chambre Contentieuse souligne que les éléments factuels du dossier sont pris en considération en tenant compte du cadre juridique en vigueur au moment des faits. Ici encore, la Chambre Contentieuse se doit de constater que la partie requérante anticipe sur la loi en matière de vaccination obligatoire du personnel soignant pour réfuter l'idée qu'il serait question d'un quelconque préjudice au sens de l'article 70, premier alinéa de la LCA. Au moment de l'imposition de la mesure provisoire par le défendeur, il n'existait aucun fondement juridique qui pouvait légitimer la méthode et le traitement y afférent du statut vaccinal de candidats. Cela signifie que la partie requérante ne pouvait pas établir une distinction de manière licite entre candidats vaccinés et non-vaccinés. Étant donné que la partie requérante l'a quand même fait, au mépris de la législation en vigueur, elle a bel et bien causé un préjudice grave, immédiat et difficilement réparable aux candidats non-vaccinés.
25. Ce préjudice n'est pas uniquement de nature financière au sens que cette catégorie de personnes concernées perd non seulement la différence entre le salaire obtenu de prestations de travail effectivement réalisées d'une part et le revenu de remplacement d'autre part, mais il est aussi question de préjudice immatériel suite au refus de recrutement, vu que les personnes concernées sont empêchées d'accomplir un travail, qu'elles ne peuvent dès lors se rendre utiles dans un secteur déterminé et ne peuvent pas non plus y acquérir d'expérience professionnelle supplémentaire. Le défendeur dispose en la matière de la compétence discrétionnaire pour évaluer si la mesure qu'il envisage est nécessaire pour éviter un préjudice grave, immédiat et difficilement réparable et peut tenir compte à cet égard de tous les aspects pertinents. Dans le cas présent, le défendeur a décidé qu'un tel préjudice existait et la Chambre Contentieuse ne trouve dans la requête aucun argument de nature à permettre de réfuter qu'un tel préjudice existait.
26. La Chambre Contentieuse observe encore que la mesure provisoire telle qu'imposée par le défendeur concerne le traitement du statut vaccinal de candidats. Bien que la partie requérante nie que la vérification du statut vaccinal soit traitée dans la phase de candidature en raison du fait qu'à ce moment-là, seule une question orale serait posée sans aucun traitement, l'information n'ayant dès lors aucune influence sur le recrutement, la partie requérante confirme par contre que les informations obtenues pendant la phase de candidature se répercutent bel et bien dans la phase de recrutement. L'absence alléguée de tout préjudice grave, immédiat et difficilement réparable est en effet liée par la partie requérante elle-même au non-recrutement de non-vaccinés.

III. Publication de la décision

27. Vu l'importance de la transparence concernant le processus décisionnel de la Chambre Contentieuse, la présente décision est publiée sur le site Internet de l'Autorité de protection des

données. Toutefois, il n'est pas nécessaire à cette fin que les données d'identification de la partie requérante soient directement communiquées.

PAR CES MOTIFS,

la Chambre Contentieuse de l'Autorité de protection des données décide, après délibération, en vertu de sa compétence en vertu de l'article 71 de la LCA :

- de déclarer le recours introduit par la partie requérante recevable, mais infondé ;
- de confirmer la mesure provisoire portant l'ordonnance de suspension temporaire de la vérification et du traitement du statut vaccinal contre le Covid-19 de candidats auprès de la partie requérante, telle qu'imposée par le défendeur le 10 novembre 2021.

En vertu de l'article 108, §1^{er} de la LCA, cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès de la Cour des marchés dans un délai de trente jours à compter de sa notification, avec l'Autorité de protection des données en qualité de défenderesse.

(sé.) Hielke Hijmans

Président de la Chambre Contentieuse