



Article scientifique

Article

2021

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Vaccination obligatoire et pandémie de COVID-19 en Suisse. État des lieux juridique à l'occasion de l'arrêt de la CourEDH (GC), Vavříčka et autres c. République tchèque (2021)

Bernard, Frédéric; Viret, Marjolaine

How to cite

BERNARD, Frédéric, VIRET, Marjolaine. Vaccination obligatoire et pandémie de COVID-19 en Suisse. État des lieux juridique à l'occasion de l'arrêt de la CourEDH (GC), Vavříčka et autres c. République tchèque (2021). In: Jusletter, 2021, n° 9 août.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:154188>

Frédéric Bernard / Marjolaine Viret

Vaccination obligatoire et pandémie de COVID-19 en Suisse

État des lieux juridique à l'occasion de l'arrêt de la CourEDH (GC), Vavříčka et autres c. République tchèque (2021)

La pandémie de COVID-19 a attisé les débats entourant la vaccination en tant que mesure de santé publique, notamment la vaccination obligatoire. Cette contribution examine les questions juridiques que poserait la mise en oeuvre d'une obligation vaccinale contre la COVID-19 en Suisse, en particulier sous l'angle des droits fondamentaux et de la proportionnalité. Elle cherche à tirer les enseignements de l'arrêt de principe rendu le 8 avril 2021 par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Vavříčka et autres c. République tchèque, qui portait sur les conséquences du non-respect d'une obligation légale de vaccination des enfants.

Catégories d'articles : Articles scientifiques

Domaines juridiques : Droit de la santé

Proposition de citation : Frédéric Bernard / Marjolaine Viret, Vaccination obligatoire et pandémie de COVID-19 en Suisse, in : Jusletter 9 août 2021

Table des matières

- Introduction
- 1. La vaccination en Suisse
 - A. Bref historique
 - B. Loi sur les épidémies
 - C. Plan de vaccination suisse
 - D. Vaccination et droits fondamentaux
- 2. L'arrêt de la Cour Vavříčka et autres c. République tchèque
 - A. Contexte
 - B. Raisonement de la Cour sur l'art. 8 CEDH
 - C. Raisonement de la Cour sur l'art. 9 CEDH
- 3. Répercussions sur le débat entourant la vaccination COVID-19
 - A. Etat du droit sur la vaccination COVID en Suisse
 - B. Compatibilité d'une obligation de vaccination COVID avec la CEDH
 - i. Bases légales pour une vaccination obligatoire
 - ii. But d'intérêt public
 - iii. Examen de proportionnalité
 - C. Obligation formelle ou incitation ?
- Conclusion

Introduction

[1] Depuis le début du vingtième siècle, la vaccination est l'un des outils majeurs des politiques de santé publique, qui peut être définie comme une « *méthode de prévention de certaines maladies bactériennes, virales ou parasitaires consistant à développer une immunité active par l'introduction dans l'organisme d'un vaccin par voie buccale ou parentérale* ». ¹ L'Organisation mondiale de la santé (« OMS ») désigne la vaccination comme « *l'un des meilleurs investissements dans le domaine de la santé* » et va jusqu'à la qualifier de « *droit humain* ». ² Cependant, dès ses origines, cette méthode de prévention s'est heurtée à de fortes résistances, liées en particulier à des craintes relatives à la sécurité des vaccins inoculés. ³ Au surplus, conformément à ce que l'on peut qualifier de « *paradoxe de la vaccination* », ces résistances tendent à augmenter à mesure que la vaccination se montre efficace, puisque les maladies contre lesquelles elle protège disparaissent ou à se réduisent fortement. ⁴

[2] Ce constat est partagé par les autorités sanitaires. Ainsi, sur la page web consacrée à la Commission fédérale pour les vaccinations (créée en 2004), l'Office fédéral de la santé publique (« OFSP ») indique : « *Les vaccins ne cessent de se perfectionner ; mais la diminution des cas évitables par ce biais entraîne celle des connaissances sur les maladies et leurs conséquences. Dans la représentation collective, les effets secondaires réels, mais bien plus encore redoutés, prennent des dimensions de plus en plus importantes alors qu'ils sont toujours plus rares pour les préparations modernes. La négligence, voire le refus des vaccins, qui en découle peut avoir des répercussions graves et même mortelles, comme le montrent les épidémies de rougeole enregistrées récemment en Suisse et dans les pays voi-*

¹ YVES DONZALLAZ, *Traité de droit médical*, vol. I : L'Etat, le médecin, les soignants et le patient : entre droit, éthique et règles de l'art, Berne 2021, p. 605 et p. 610.

² Vaccins et vaccination (who.int) (consulté le 16 juillet 2021).

³ FRANÇOISE SALVADORI/LAURENT-HENRI VIGNAUD, *Antivax : La résistance aux vaccins du XVIIIe siècle à nos jours*, Paris 2019.

⁴ PATRICK ZYLBERMAN, *La guerre des vaccins : Histoire démocratique des vaccinations*, Paris 2020.

sins ». ⁵ En Allemagne, l'Institut Paul-Ehrlich (Bundesinstitut für Impfstoffe und biomedizinische Arzneimittel) fait un constat identique. ⁶ Ces résistances sont telles qu'en 2019, l'OMS a inclus l'hésitation vaccinale parmi les dix plus grandes menaces pour la santé globale. ⁷

[3] Confronté à des résistances de ce type, les Etats peuvent être tentés de recourir à l'option consistant à rendre certaines vaccinations obligatoires. Ainsi, en France, où seule la vaccination contre la diphtérie, le tétanos et la poliomyélite était jusqu'alors obligatoire, l'Assemblée nationale a décidé en 2017 de rendre huit nouveaux vaccins obligatoires pour la petite enfance, en raison d'une couverture vaccinale jugée insuffisante. ⁸ L'Allemagne a quant à elle introduit dès mars 2020, par le biais du *Masernschutzgesetz*, de nouvelles obligations vaccinales en matière de rougeole, visant notamment les institutions d'accueil d'enfants et le personnel soignant. ⁹

[4] En matière de COVID-19, le gouvernement français s'était déclaré disposé à rendre la vaccination obligatoire pour tout le personnel soignant. ¹⁰ Le Conseil scientifique français a rendu un avis du 6 juillet 2021 soutenant la vaccination obligatoire pour les soignants, voire son extension à d'autres professions impliquant le service à la personne. ¹¹ Par son allocution du 12 juillet 2021, le président français Emmanuel Macron a annoncé l'obligation vaccinale pour le personnel soignant, générant un vif débat en France, ¹² mais également chez ses voisins européens. En Italie, la vaccination obligatoire avait été décrétée dès avril 2021 pour les soignants sous peine de suspension d'activités en contact avec les patients, ¹³ une obligation qui fait d'ores et déjà l'objet de contestations en justice. ¹⁴ L'Allemagne, en revanche, a exclu en l'état l'introduction d'une telle obligation. ¹⁵ Les autorités fédérales suisses n'ont pour l'instant pas pris officiellement position. ¹⁶

⁵ Voir <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/das-bag/organisation/ausserparlamentarische-kommissionen/eidgenossische-kommission-fuer-impffragen-ekif/kommission.html> (consulté le 30 juin 2021).

⁶ Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats des Paul-Ehrlich-Instituts, Bundesinstitut für Impfstoffe und biomedizinische Arzneimittel, zur Qualität und Sicherheit von Impfstoffen : « *Wir leben in den Industrieländern in Zeiten, in denen viele Infektionskrankheiten weitgehend zurückgedrängt sind und daher bei den Bürgerinnen und Bürgern ihren Schrecken verloren haben* ». https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/I/Impfen/Impfen_Stellungnahme_Wiss_Berat_PEI.pdf (consulté le 30 juin 2021).

⁷ Voir <https://www.who.int/news-room/spotlight/ten-threats-to-global-health-in-2019> (consulté le 30 juin 2021).

⁸ Voir l'art. L. 3111-2 du code de la santé publique tel que modifié par l'art. 49 de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018. Les huit vaccins en question sont les suivants : l'haemophilus influenzae B (bactérie provoquant notamment des pneumopathies et des méningites), la coqueluche, l'hépatite B, la rougeole, les oreillons, la rubéole, le méningocoque C (bactérie provoquant des méningites) et le pneumocoque (bactérie provoquant notamment des pneumopathies et des méningites)

⁹ Fragen und Antworten zum Masernschutzgesetz – BMG ([bundesgesundheitsministerium.de](https://www.bundesgesundheitsministerium.de)) (consulté le 16 juillet 2021).

¹⁰ STÉPHANE MANDARD/CLAIRE GATINOIS, Covid-19 : le gouvernement prêt à rendre la vaccination obligatoire pour les soignants : Le Conseil d'orientation de la stratégie vaccinale est désormais favorable à l'obligation pour tous les personnels en contact avec des patients ou des résidents d'Ehpad, *Le Monde*, 1^{er} juillet 2021.

¹¹ Avis du Conseil scientifique du 6 juillet 2021, pp 20/21, [avis_conseil_scientifique_6_juillet_2021_actualise_8_juillet_2021.pdf](https://www.solidarites-sante.gouv.fr/avis_conseil_scientifique_6_juillet_2021_actualise_8_juillet_2021.pdf) ([solidarites-sante.gouv.fr](https://www.solidarites-sante.gouv.fr)) (consulté le 11 juillet 2021).

¹² Voir notamment les réactions publiées par *Le Monde*, sur Vaccination, passe sanitaire, réformes : retrouvez les annonces d'Emmanuel Macron ([lemonde.fr](https://www.lemonde.fr)) (consulté le 16 juillet 2021).

¹³ *Gazzetta Ufficiale* (consulté le 11 juillet 2021).

¹⁴ Tribunale di Belluno – Ordinanza 328/2021 : obbligo vaccinale contro il Covid-19 per gli operatori sanitari / Giurisprudenza / Biolaw-pedia / Biodiritto – Biodiritto (consulté le 11 juillet 2021).

¹⁵ Déclarations d'Angela Merkel du 13 juillet 2021, Tagesschau, Merkel : Nein zu Impfpflicht in Deutschland – YouTube (consulté le 16 juillet 2021).

¹⁶ Le Conseiller fédéral Alain Berset a encore déclaré, le 16 juillet 2021, vouloir maintenir « l'ADN » suisse de la responsabilité et du choix individuel de la vaccination, Alain Berset n'exclut pas de faire payer les tests à ceux qui refusent la vaccination – [rts.ch](https://www.rts.ch) – Suisse (consulté le 16 juillet 2021).

[5] Ces quelques mots introductifs montrent que la question de la vaccination obligatoire évolue au gré du temps et des circonstances et ne peut donc être tranchée une fois pour toutes. Par ailleurs, lorsque l'on aborde cette thématique, il est important de renoncer aux simplifications et de distinguer entre les différents types de maladies (transmissibles ou non), les vaccins développés pour les contrer (et leur effet sur la transmission), la motivation égoïste ou altruiste d'une vaccination, etc.¹⁷ A cela s'ajoute qu'en Suisse, les politiques en matière de vaccination sont étroitement liées à la répartition des compétences entre Confédération et cantons, et constamment exposées à une remise en question par la voix du peuple.

[6] La situation de crise pandémique tendant à exacerber les tensions et à favoriser les positions antagonistes, il nous semble essentiel que les juristes contribuent à poser les jalons d'une approche réfléchie sur cette question, en rapport avec la COVID-19.

[7] Dans la présente contribution, nous nous proposons d'examiner les principales questions juridiques entourant l'éventuelle mise en œuvre d'une obligation vaccinale en Suisse afin de lutter contre la pandémie de COVID-19. Nos réflexions seront guidées par l'arrêt de principe rendu le 8 avril 2021 par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (la « Cour ») dans l'affaire *Vavříčka et autres c. République tchèque*,¹⁸ qui portait sur les conséquences du non-respect d'une obligation légale de vaccination des enfants.

[8] La décision de rendre un vaccin obligatoire pose, en effet, un certain nombre de questions juridiques, notamment sous l'angle des droits fondamentaux. Pour aborder ces questions, la présente contribution s'ouvre par un historique de la vaccination en Suisse et une présentation du cadre juridique applicable (1.), ainsi qu'une synthèse de l'arrêt *Vavříčka* et de ses principaux enseignements (2.). Elle se poursuit par l'examen de la solution choisie, à l'heure actuelle, pour la vaccination COVID-19 en Suisse, étudie les possibilités de rendre celle-ci contraignante, et pose la question de l'équilibre entre obligation et incitation (3.).

1. La vaccination en Suisse

[9] Dans cette première section, nous allons brièvement retracer les grandes lignes de l'histoire constitutionnelle et légale de la vaccination en Suisse (A.), puis exposer le système mis en place par la loi fédérale sur les épidémies (B.) et présenter en quelques lignes le plan de vaccination aujourd'hui en vigueur en Suisse (C.), ainsi que la relation entre vaccination et droits fondamentaux telle que reflétée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral (D.).

A. Bref historique

[10] Dans le domaine de la lutte sanitaire, la compétence de la Confédération est ancienne et remonte à l'art. 59 de la Constitution de 1848. Cette dernière lui permettait d'adopter des mesures de police sanitaire lors d'épidémies et d'épizooties offrant un danger général. Ensuite, à l'occasion de l'adoption de la Constitution de 1874, cette compétence a été renforcée pour permettre à la Confédération de légiférer dans ce domaine (art. 69 Cst. 1874).

¹⁷ LISA BARNÉOUD, *Les vaccins, la science et nous : Ce qu'il faut savoir pour faire des choix éclairés*, Paris 2018.

¹⁸ CourEDH (GC), *Vavříčka et autres c. République tchèque*, req. n° 47621/13, 8 avril 2021 (ci-après : « Arrêt *Vavříčka* »).

[11] Afin de concrétiser ce mandat constitutionnel, les autorités fédérales ont adopté, le 31 janvier 1882, une loi fédérale concernant les mesures à prendre contre les épidémies offrant un danger général.¹⁹ Cette loi était ambitieuse, notamment du point de vue institutionnel et des pouvoirs du Conseil fédéral en situation d'épidémie.²⁰ Elle contenait, par ailleurs, non moins de six dispositions consacrées à la vaccination, dirigée à l'époque exclusivement contre la variole.²¹ L'art. 13 al. 1 de la loi rendait la vaccination obligatoire pour tout enfant né en Suisse, en principe au cours de sa première année et sous réserve de raisons de santé constatées par un médecin.²² L'art. 13 al. 3 indiquait que la vaccination serait constatée par un « *certificat signé d'un médecin patenté* », érigé par l'art. 14 de la loi en exigence pour être « *admis définitivement à fréquenter une école publique ou privée* ». La loi prévoyait également la gratuité de la vaccination et une responsabilité des médecins pour leur éventuelle négligence.

[12] Cette première loi ayant été contestée par une demande de référendum, elle a été massivement rejetée par la population (79% de non) le 20 juillet 1882. Les motifs des référendaires sont intéressants. En effet, ceux-ci comprenaient la crainte d'une centralisation excessive de pouvoir au niveau fédéral,²³ mais également le refus de la vaccination obligatoire. Ainsi, dans son Message de 1886, relatif à un nouveau projet de loi dans ce domaine, le Conseil fédéral indiquait : « *Nous croyons nous être convaincus que c'est précisément le fait d'avoir impliqué la question de la vaccination dans l'ancienne loi qui a principalement contribué au rejet de celle-ci* ». ²⁴

[13] Dans la nouvelle proposition législative de 1886, moins ambitieuse, aucune disposition n'a donc été consacrée à la question de la vaccination. Le Conseil fédéral expliquait dans le Message précité les raisons de son choix : il s'agissait, en effet, de « *faire une concession à l'opinion publique* ». Le gouvernement ajoutait, dans une expression marquante de la philosophie législative helvétique : « *Nous avons la conviction que, malgré cette lacune, la loi que nous vous présentons sera, si elle est convenablement exécutée et énergiquement appliquée, une arme puissante contre tout danger d'épidémie, et nous ne voulons pas repousser ce qui est bon et faisable parce que nous ne pouvons pas en ce moment obtenir ce qui serait meilleur* ». ²⁵ La loi, adoptée le 2 juillet 1886, n'a pas été contestée et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1887. Son champ d'application était expressément limité à quatre maladies : le choléra, la peste, le typhus pétéchial et la variole (art. 1^{er}).

[14] En 1913, l'art. 69 Cst. a été modifié pour élargir la compétence fédérale aux « *maladies transmissibles, maladies très répandues et maladies particulièrement dangereuses de l'homme et des animaux* ». Cette modification a conduit le Conseil fédéral à solliciter, en 1921, une modification de l'art. 10 de la loi de 1886, afin de lui permettre, « *lorsque les circonstances l'exigent, [d']ordonner et [de] faire exécuter certaines mesures particulières* ». ²⁶ Elle a aussi permis à la Confédération de lutter

¹⁹ FF 1882 I 277.

²⁰ SÉVERIC YERSIN, Une lutte faible et décentralisée, le Courrier, 15 mars 2020, disponible à l'adresse suivante : <https://lecourrier.ch/2020/03/15/une-lutte-faible-et-decentralisee/> (consulté le 29 juin 2021).

²¹ Voir Message du Conseil fédéral concernant un projet de loi sur les épidémies et les mesures préventives et effectives contre les épidémies qui offrent un danger général du 18 décembre 1979, FF 1880 I 1, p. 30.

²² L'art. 13 al. 2 prévoyait que les enfants « *nés à l'étranger et amenés en Suisse* » devaient être vaccinés « *le plus tôt possible* ».

²³ JEAN-CHRISTIAN LAMBELET, Répertoire des votations fédérales depuis 1848, Genève 2018, p. 14.

²⁴ Message au sujet de projet de loi concernant les mesures à prendre contre les épidémies offrant un danger général du 1^{er} juin 1886, FF 1886 II 536, p. 547.

²⁵ Ibid.

²⁶ RO 37 353. Cette modification avait également pour but de « *légaliser* » des mesures ordonnées par le Conseil fédéral pendant la Première Guerre mondiale, sous le régime des pleins pouvoirs, notamment en matière d'interdiction

contre des maladies dites endémiques, conduisant ainsi à l'adoption, en 1928, de la loi fédérale sur la lutte contre la tuberculose.²⁷

[15] Pendant la Seconde Guerre mondiale, par le biais d'un arrêté fondé sur le régime des pleins pouvoirs, le Conseil fédéral a rendu la vaccination antivariolique obligatoire sur l'ensemble du territoire de la Confédération pour les nourrissons et les enfants.²⁸ Cet arrêté a été abrogé en 1948, les circonstances extraordinaires ne pouvant plus être invoquées après la fin du conflit mondial.²⁹

[16] Suite à une épidémie de fièvre typhoïde ayant touché le village de Zermatt en 1963, la révision de la loi de 1886 a été mise en chantier³⁰ et a conduit à l'adoption, le 18 décembre 1970, de la nouvelle loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies ; « LEp 1970 »).³¹ Cette loi consacrait un article spécifique, l'art. 23, à la question de la vaccination. Son premier alinéa prévoyait que les cantons devaient offrir la possibilité de se faire vacciner gratuitement contre les maladies transmissibles présentant un « *danger considérable pour la population* », selon une liste arrêtée par le Conseil fédéral. Son second alinéa traitait de la question de l'indemnisation en cas de lésion survenue à la suite de vaccinations obligatoires ou recommandées par les autorités.

[17] Dans le cadre de la présente contribution, l'art. 23 al. 2 LEp 1970 s'avère particulièrement pertinent, puisqu'il traitait du caractère facultatif ou obligatoire de la vaccination et du niveau de collectivité publique compétent pour faire ce choix :

« Les cantons déterminent si ces vaccinations sont facultatives ou obligatoires. »

[18] Dans son Message, le Conseil fédéral indiquait à ce sujet :

« Le 2^e alinéa prévoit que c'est aux cantons, et non à la Confédération, qu'il incombe de décider si les vaccinations doivent être obligatoires ou facultatives. Cette solution est certainement préférable à l'introduction d'une disposition générale dans la loi fédérale. Elle tient compte du fait que des vaccinations obligatoires existent actuellement dans un certain nombre de cantons, et que la plupart ne les ont pas introduites. Aujourd'hui, il n'y a que les cantons de Fribourg, Tessin, Vaud et Genève (vaccinations contre la variole et la diphtérie), Soleure, Valais (contre la variole) et Neuchâtel (contre la diphtérie) qui connaissent la vaccination obligatoire en vertu du droit cantonal ». ³²

des manifestations. Cf. FRÉDÉRIC BERNARD, La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en situation de pandémie, Revue de droit suisse, 2020, no. spécial, Pandémie et droit, p. 55–67, p. 57.

²⁷ RS 4 377. Voir également le Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi fédérale sur la lutte contre la tuberculose du 1^{er} septembre 1925, FF 1925 III 9.

²⁸ Arrêté du Conseil fédéral prescrivant la vaccination antivariolique du 12 juin 1944, RO 60 397, modifié par l'Arrêté du Conseil fédéral complétant l'ACF qui prescrit la vaccination antivariolique du 30 août 1944, RO 60 556.

²⁹ Arrêté du Conseil fédéral abrogeant celui qui prescrit la vaccination antivariolique du 26 novembre 1948, RO 1948 1131.

³⁰ Message du Conseil fédéral concernant le projet de loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies) du 11 février 1970, FF 1970 I 389, p. 399.

³¹ RO 1974 1071.

³² Message 1970 (nbp. 30), p. 425.

[19] Ce bref exposé historique montre que certaines hésitations ont été constantes en Suisse au fil du temps. Il en va ainsi de l'à-propos de mettre en place une vaccination obligatoire en lien avec certaines maladies définies et du choix du niveau de collectivité publique compétente pour ce faire au sein de l'Etat fédéral.

B. Loi sur les épidémies

[20] En 1999, lors de l'adoption de la nouvelle Constitution fédérale (Cst.)³³, l'art. 69 aCst. est devenu l'art. 118 Cst. Cette disposition met en place un système de compétences concurrentes entre la Confédération et les cantons, avec force dérogatoire subséquente (« *mit nachträglich derogatorischer Wirkung* »).³⁴ En d'autres termes, les cantons peuvent continuer à légiférer aussi longtemps que la Confédération ne le fait pas elle-même. En revanche, leurs réglementations deviennent caduques dès le moment et dans la mesure où la Confédération fait usage de sa compétence.³⁵

[21] Suite à l'apparition de l'épidémie de coronavirus SARS-CoV en 2002 en Chine, certaines faiblesses du cadre légal helvétique ont été identifiées et ont conduit à la révision intégrale de la LEp 1970 par l'adoption de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, « LEp ») du 28 septembre 2012.³⁶

[22] La LEp possède un vaste champ d'application. En effet, il s'agit d'une loi pensée de manière globale, dans le but de donner aux autorités les moyens nécessaires pour « *garantir de façon adéquate le dépistage, la surveillance, la prévention des maladies transmissibles ainsi que la lutte contre celles-ci* ». ³⁷ A cet effet, ses objectifs consistent à détecter, surveiller, prévenir et combattre les maladies transmissibles (art. 4 al. 1 LEp). La LEp met en place un système à trois niveaux en fonction de la gravité de la situation épidémiologique : la situation normale, la situation particulière (art. 6 LEp) et la situation extraordinaire (art. 7 LEp).³⁸ Ces différents niveaux procèdent à une centralisation progressive des compétences : ainsi, alors que les cantons sont globalement compétents en situation normale, le Conseil fédéral reçoit une compétence concurrente circonscrite par la loi en situation particulière, puis une compétence générale en situation extraordinaire.³⁹

[23] La vaccination fait partie des mesures de prévention prévues par la loi et est spécifiquement traitée aux articles 20 à 24 LEp ainsi qu'aux art. 64 à 69 LEp en ce qui concerne l'indemnisation et la réparation morale en cas de dommages consécutifs à des vaccinations.

[24] L'art. 20 LEp prévoit l'élaboration et la publication d'un plan national de vaccination par l'OFSP, avec la collaboration de la Commission fédérale pour les vaccinations (institution décrite à l'art. 56 LEp). Ce plan contient des recommandations (art. 20 al. 1 LEp). L'art. 21 LEp donne aux cantons le mandat d'encourager la vaccination au moyen de différentes mesures, dont l'infor-

³³ RS 101.

³⁴ GIOVANNI BIAGGINI, OFK-BV Kommentar, 2^{ème} éd., Zurich 2017, Art. 118 N 6.

³⁵ GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, vol. I : L'Etat, 4^{ème} éd., Berne 2021, p. 393–395.

³⁶ RS 818.101. VOIR FRÉDÉRIC BERNARD, La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus, Jusletter 30 mars 2020 p. 4 ss.

³⁷ Message du Conseil fédéral du 3 décembre 2010 concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, FF 2011 291, p. 343.

³⁸ Pour davantage de détails sur ce point, VOIR CHRISTIAN RÜEFLI/DOMINIK ELSENER, Analyse de la situation particulière au sens de la LEp : tâches, responsabilités et compétences de la Confédération, 2018, p. 3 ss.

³⁹ Pour davantage de détails sur ce point, VOIR BERNARD (nbp. 26), p. 58 ss.

mation des personnes concernées au sujet des recommandations figurant dans le plan national de vaccination. L'art. 23 LEp traite du certificat international de vaccination ou de prophylaxie et l'art. 24 LEp de la surveillance et de l'évaluation des mesures de vaccination.

[25] L'art. 22 LEp, directement pertinent pour la présente contribution, est rédigé comme suit :

« Les cantons peuvent déclarer obligatoires des vaccinations pour les groupes à risques, pour les personnes particulièrement exposées et pour les personnes exerçant certaines activités, pour autant qu'un danger sérieux soit établi. »

[26] Dans son Message, le Conseil fédéral rappelle que la possibilité de rendre une vaccination obligatoire est déjà autorisée par la LEp 1970 (art. 23 al. 2 aLEp). La nouvelle loi ne fait donc que la conserver tout en la limitant aux groupes à risques, aux personnes particulièrement exposées et à celles exerçant certaines activités et en exigeant la présence d'un danger sérieux.⁴⁰

[27] En application du système à trois niveaux brièvement exposé ci-dessus, cette compétence cantonale est avant tout prévue pour la situation normale. En revanche, en situation particulière, le Conseil fédéral peut, après avoir consulté les cantons, déclarer obligatoires des vaccinations pour les groupes de population en danger, les personnes particulièrement exposées et les personnes exerçant certaines activités (art. 6 al. 2 let. d LEp). En situation extraordinaire (art. 7 LEp), le Conseil fédéral pourrait aller au-delà et ordonner une obligation de vaccination générale qui se fonderait directement sur l'art. 185 al. 3 Cst., pour autant que les droits fondamentaux soient respectés.⁴¹

[28] La nouvelle LEp a fait l'objet d'une demande de référendum ayant abouti en février 2013.⁴² Les opposants faisaient essentiellement valoir la crainte de vaccinations obligatoires et le refus de l'octroi d'une compétence fédérale en la matière.⁴³ La LEp a été acceptée par 60% du peuple.⁴⁴

[29] L'ordonnance du Conseil fédéral sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Ordonnance sur les épidémies, OEp) du 29 avril 2015⁴⁵ contient elle aussi plusieurs dispositions consacrées à la vaccination. L'art. 38 OEp est directement consacré à la question de la vaccination obligatoire :

« Art. 38 Vaccinations obligatoires

¹ Pour déterminer un danger sérieux (art. 22 LEp), les autorités cantonales compétentes évaluent les éléments suivants :

a. degré de gravité d'une éventuelle maladie et son risque de propagation ;

⁴⁰ Message 2010 (nbp. 37), p. 360.

⁴¹ FRÉDÉRIC BERNARD, Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux, Sécurité et droit 2020, p. 130–141.

⁴² Voir <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-47866.html> (consulté le 2 juillet 2021).

⁴³ SONIA FENAZZI, La vaccination obligatoire divise la Suisse, Swissinfo, 29 juillet 2013, disponible à l'adresse suivante : https://www.swissinfo.ch/fre/loi-sur-les-%C3%A9pid%C3%A9mies_la-vaccination-obligatoire-divise-la-suisse/36541792 (consulté le 2 juillet 2021).

⁴⁴ Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 22 septembre 2013 du 18 novembre 2013, FF 2013 7879.

⁴⁵ RS 818.101.1.

- b. *menace pour les personnes particulièrement vulnérables ;*
- c. *situation épidémiologique au niveau cantonal, national et international en concertation avec l'OFSP ;*
- d. *efficacité attendue d'une éventuelle obligation de vaccination ;*
- e. *pertinence et efficacité d'autres mesures pour enrayer le risque sanitaire et leur efficacité.*

² *Une obligation de vaccination pour des personnes exerçant certaines activités, en particulier dans le cadre d'établissements de soins, doit être limitée aux domaines dans lesquels il existe un risque accru de propagation de la maladie ou de mise en danger de personnes particulièrement vulnérables.*

³ *Une obligation de vaccination doit avoir une durée limitée. Elle ne peut pas être exécutée par contrainte physique. »*

[30] Le Conseil fédéral distingue donc les vaccinations obligatoires, qui sont possibles à certaines conditions, et l'administration d'un vaccin contre son gré, qui est toujours exclue.⁴⁶ Cela pose la question, sur laquelle nous reviendrons plus bas (*infra* 3.B), des conséquences ou sanctions admissibles en cas de non-respect d'une obligation de vaccination.

[31] Du point de vue de la répartition des compétences au sein de l'Etat fédéral, la Confédération a épuisé le thème de la vaccination par l'adoption des dispositions précitées de la LEp. Dès lors, les cantons ne sont plus autorisés à imposer une vaccination à l'ensemble de leur population, contrairement à ce qui était le cas sous le régime de la LEp 1970. Il en découle que certaines dispositions cantonales antérieures prévoyant la faculté d'imposer une vaccination générale, à l'exemple de l'art. 42 de la loi vaudoise sur la santé publique,⁴⁷ ne sont plus applicables telles quelles.

[32] L'art. 21 al. 4 de la loi genevoise sur la santé, révisé en 2019, tient davantage compte des exigences du droit fédéral.⁴⁸ C'est sur cette base que, dans le canton de Genève, la vaccination obligatoire des enfants contre la diphtérie se fonde.⁴⁹

[33] Il convient encore de réserver certains cas spéciaux, par exemple la situation des militaires. En effet, en vertu de l'art. 35 LAAM, le Conseil fédéral peut ordonner des mesures médicales obligatoires pour les militaires, lesquelles peuvent inclure, « *pour l'exercice de fonctions de l'armée présentant un risque élevé d'infection* », des vaccinations à titre préventif. Selon le Message du Conseil

⁴⁶ OFSP, Nouvelle loi sur les épidémies : Informations, Berne 2013, p. 5 : « *Ni la loi en vigueur, ni la loi révisée ne prévoient de vaccinations sous la contrainte. Cela signifie que nul ne peut se faire administrer un vaccin contre son gré. Les citoyens choisissent librement de se faire vacciner ou non. Par contre, des vaccinations obligatoires sont possibles tant dans la loi en vigueur que dans la loi révisée.* »

⁴⁷ Art. 42 al. 1 de la loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985, RS/VD 800.01 : « ¹ *En tout temps, notamment en cas de menace de maladie transmissible, le Conseil d'Etat, par le médecin cantonal, peut ordonner la vaccination ou la revaccination d'office de la population ou des groupes particulièrement exposés ou vulnérables.* »

⁴⁸ Art. 21 al. 4 de la loi genevoise sur la santé du 7 avril 2006, RS/GE K 1 03 : « *[L'Etat] peut déclarer obligatoires des vaccinations pour des groupes à risque.* »

⁴⁹ Voir art. 11 al. 2 du Règlement d'exécution de la loi d'application de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies) (RaLEpid) du 28 février 1979 (RS/GE K 1 15.01) *cum* art. 2 du Règlement concernant les vaccinations obligatoires et facultatives (RVOF) du 28 février 1979 (RS K 1 15.08).

fédéral, il s'agit cependant uniquement là d'une condition préalable à l'exécution de fonctions particulièrement à risque.⁵⁰

[34] Ainsi, la LEp procède à un délicat dosage dans le traitement des éléments historiquement controversés en matière de vaccination. Sous l'angle de son caractère obligatoire, elle prévoit principalement une vaccination facultative, avec des mesures d'encouragement et d'information à l'attention de la population. Elle permet cependant de déclarer certaines vaccinations obligatoires, tout en restreignant le régime antérieur de la LEp 1970 : la vaccination obligatoire doit être limitée à certains groupes de la population, elle suppose la présence d'un danger sérieux et elle ne peut être effectuée par la contrainte. Sous l'angle de la répartition des compétences, elle confie cette compétence, en situation normale, aux cantons, mais elle permet une centralisation en mains fédérales lorsque la situation devient particulière et, en situation extraordinaire, elle autorise le Conseil fédéral à imposer une obligation de vaccination à l'ensemble de la population.

C. Plan de vaccination suisse

[35] En vertu de l'art. 20 al. 1 LEp, l'OFSP a élaboré un plan de vaccination suisse, en collaboration avec la Commission fédérale pour les vaccinations. Celui-ci est mis à jour régulièrement et paraît au début de chaque nouvelle année, indépendamment de modifications éventuelles. Le plan de vaccination suisse 2021 a ainsi été publié en janvier 2021. Conformément au système mis en place par la LEp, il ne contient que des recommandations, qu'il classe, en fonction de l'évaluation de chaque vaccination, selon un système à quatre niveaux (vaccinations recommandées de base, vaccinations recommandées complémentaires, vaccinations recommandées à des groupes à risques et vaccinations sans recommandation d'utilisation).⁵¹

[36] En rapport avec le dispositif de lutte contre la rougeole, le Tribunal fédéral a rappelé en juin 2020 que ces recommandations de l'OFSP, en tant que « *déclarations étatiques sur l'opportunité de certaines options de comportement* » (notre traduction), sont des actes généraux et abstraits qui déploient des effets externes. L'arrêt antérieur référencé qualifiait des campagnes de recommandation en matière de santé publique d'actes matériels.⁵² D'éventuelles directives mettant les recommandations en œuvre, en revanche, prennent le caractère d'ordonnances administratives qui ne lient pas le juge, mais le Tribunal fédéral s'y réfère dans la mesure où elles consacrent une interprétation des dispositions légales adaptée au cas d'espèce.⁵³ Dans un autre arrêt de juin 2020,⁵⁴ concernant lui aussi la rougeole, les juges fédéraux ont considéré que les recommandations de l'OFSP en matière de vaccination doivent servir de lignes directrices à la décision de l'autorité de protection pour évaluer l'indication d'une vaccination dans l'intérêt de l'enfant mineur (c. 6.2.6 ; cf. D. infra).

[37] Le plan 2021 ne contient pas les recommandations de vaccination contre le COVID-19, qui sont traitées de manière indépendante, mais il souligne que, même durant la pandémie, « *il*

⁵⁰ Message du Conseil fédéral relatif à la modification des bases légales concernant le développement de l'armée du 3 septembre 2014, FF 2014 6693, p. 6747 : « *La personne qui refuse de se soumettre à ces examens et à ces vaccinations est affectée ailleurs. Aucune pression n'est exercée.* »

⁵¹ OFSP, Plan de vaccination suisse 2021, Berne 2021, p. 5.

⁵² ATF 144 II 233 c. 4.3 ; cf. également Message 2010, p. 348.

⁵³ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_395/2019 du 8 juin 2020, c. 2.3.

⁵⁴ ATF 146 III 313 c. 6.2.6.

est important d'effectuer toutes les vaccinations recommandées pour les enfants, les adolescents et les adultes ». ⁵⁵

D. Vaccination et droits fondamentaux

[38] Dans la mesure où elle porte atteinte à l'intégrité corporelle, une vaccination suppose en principe le consentement de la personne concernée. ⁵⁶ La vaccination obligatoire, qui passe outre ce consentement, constitue donc une atteinte à ses droits et libertés.

[39] Les droits fondamentaux touchés sont avant tout la liberté personnelle (art. 10 Cst.), qui comprend l'intégrité physique et psychique, et le droit au respect de la vie privée (art. 13 Cst., 8 CEDH et 17 Pacte ONU II). En pratique, il est fréquent que les personnes opposées à une vaccination obligatoire invoquent également leur liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst., art. 9 CEDH et 18 Pacte ONU II). Si elle affecte l'accès à certaines professions, une vaccination obligatoire peut également toucher la liberté économique (art. 27 Cst.).

[40] L'atteinte qu'implique une obligation de vaccination n'est donc conforme à la Constitution et aux traités internationaux de protection des droits humains que si elle respecte les conditions classiques de restriction des droits fondamentaux, énoncées à l'art. 36 Cst., aux art. 8 § 2 et 9 § 2 CEDH et aux art. 17 et 18 § 2 Pacte ONU II : existence d'une base légale (« prévue par la loi »), poursuite d'un intérêt public ou protection d'un droit fondamental d'autrui (« but légitime »), respect de la proportionnalité (« nécessaire dans une société démocratique ») et respect de l'essence du droit fondamental ⁵⁷. Si ces conditions sont remplies, le droit fondamental est atteint mais respecté ; si l'une d'elles fait défaut, le droit est non seulement touché mais également violé. ⁵⁸

[41] La Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ⁵⁹, adoptée le 4 avril 1997 sous l'égide du Conseil de l'Europe – aussi appelée Convention d'Oviedo –, prévoit des conditions similaires. En effet, selon son art. 26 al. 1, « [l]exercice des droits et les dispositions de protection contenus dans la présente Convention ne peuvent faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sûreté publique, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé publique ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». ⁶⁰

⁵⁵ OFSP, Plan de vaccination suisse 2021, Berne 2021, p. 1.

⁵⁶ DONZALLAZ (nbp. 1), p. 610.

⁵⁷ Message 2010 (nbp. 37), p. 360 : « Les vaccinations obligatoires constituent une atteinte au droit à la liberté personnelle (art. 10, al. 2, Cst.). L'art. 36 Cst. n'autorise de telles restrictions des droits fondamentaux que si elles sont : 1) fondées sur une base légale suffisante ; 2) justifiées par un intérêt public (maladie très contagieuse avec une évolution potentiellement très grave) ; et 3) proportionnelles au but visé. Face à une maladie infectieuse grave, se propageant rapidement et provoquant de nombreux décès, la vaccination obligatoire pourrait s'imposer pour certaines catégories de personnes. Cette option stratégique est réservée aux cas où le but ne peut pas être atteint par d'autres mesures. Dans de nombreux cantons, l'obligation vaccinale était encore appliquée il y a peu, p. ex. comme condition d'entrée à l'école. Aux Etats-Unis, les vaccinations sont obligatoires pour fréquenter un établissement scolaire. »

⁵⁸ GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTETIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, vol. II : Les droits fondamentaux, 4^{ème} éd., Berne 2021, p. 91.

⁵⁹ RS 0.810.2.

⁶⁰ Cf. DONZALLAZ (nbp. 1), p. 633.

[42] L'analyse des conditions de restriction ne peut pas être effectuée *in abstracto* au sujet de la vaccination obligatoire en tant que telle. Elle doit, bien au contraire, être opérée séparément pour chaque vaccin et en tenant compte de ses particularités propres, en particulier sous l'angle de la proportionnalité.⁶¹

[43] S'agissant de l'examen de la base légale, celui-ci dépend de la qualification de l'atteinte. Si celle-ci est légère, une loi au sens matériel est suffisante⁶² ; en revanche, si elle est grave, une base légale formelle est nécessaire.⁶³ Dans l'ATF 99 Ia 747, relatif à la vaccination obligatoire contre la diphtérie alors prévue dans le canton de Vaud, le Tribunal fédéral a estimé que cette vaccination ne portait pas une atteinte grave à l'intégrité corporelle (c. 3.c).⁶⁴

[44] L'intérêt public principalement en cause s'agissant d'une vaccination obligatoire est la protection de la santé publique. Dans l'ATF 99 Ia 747 précité, le Tribunal fédéral a indiqué que « [l]a lutte contre ces épidémies de diphtérie par la vaccination préventive obligatoire constitue donc une mesure importante pour la sauvegarde de la santé publique et répond de ce point de vue à un intérêt public certain » (c. 3.b).

[45] Il faut ensuite examiner la proportionnalité sous ses trois sous-aspects, à savoir l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens étroit. Dans l'ATF 99 Ia 747 précité, le Tribunal fédéral a estimé que, compte tenu du caractère admissible de la limitation à la liberté personnelle, l'obligation de vaccination prévue dans le canton de Vaud était proportionnée (c. 3.c). Sous l'angle de la proportionnalité au sens étroit, il devra également être tenu compte de la situation personnelle de chaque personne d'un point de vue médical.⁶⁵ Enfin, toujours dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a estimé que la vaccination ne portait pas atteinte à la substance du droit en cause (c. 3.c).

[46] Dans les deux arrêts de juin 2020 précités, le Tribunal fédéral a étayé sa position sur les mesures de soutien à la vaccination. Ainsi, dans son arrêt du 8 juin 2020, il a jugé qu'il n'était pas disproportionné d'exclure de l'école obligatoire une élève non-vaccinée alors qu'une camarade de classe avait contracté la rougeole, comme le permet la LEp (art. 33 ss) et ce durant une période de deux semaines.⁶⁶ Dans son arrêt du 16 juin 2020,⁶⁷ notre Haute Cour a par ailleurs considéré qu'en cas de désaccord entre les parents sur une vaccination de l'enfant (en l'espèce, également la rougeole), des mesures de protection de l'enfant pouvaient être requises et une vaccination effectuée en vertu de la primauté de l'intérêt de l'enfant et de sa santé. Les juges fédéraux ont notamment souligné que l'absence d'une obligation de vaccination au sens de la LEp n'implique pas que renoncer à une vaccination recommandée par l'OFSP soit compatible avec le bien de l'enfant (c. 6.2.4). Contrairement à l'instance cantonale, le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'y avait nul besoin d'indication concrète de foyer épidémique ni de prédisposition de santé de l'enfant

⁶¹ DONZALLAZ (nbp. 1), p. 617 : « L'appréciation du caractère proportionné de l'obligation de vaccination n'est pas la même selon que le vaccin protège uniquement le vacciné ou les tiers, selon le niveau de risque de propagation de la maladie, au regard notamment des modalités de transmission de celle-ci, ou encore selon les risques associés à la non-vaccination. »

⁶² ATF 139 I 280 c. 5.1 : « Bei einem leichten Eingriff genügt ein Gesetz im materiellen Sinn ».

⁶³ MARC FORSTER, Zwischen Berufs- und Untersuchungsgeheimnis : neueste Praxis zur strafprozessualen Edition von Anwaltsakten, zur Verwendung des Bankformulars « R » und zur Zulässigkeit von « Informationssperren » gegenüber Rechtsanwälten – Urteil 1P.32/2005, RJB 141/2005 p. 529–534, p. 533.

⁶⁴ Voir également ATF 104 Ia 480, relatif au refus d'un parent de faire passer à ses filles un examen radiographique prévu par la loi fédérale sur la lutte contre la tuberculose.

⁶⁵ DONZALLAZ (nbp. 1), p. 618.

⁶⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_395/2019 du 8 juin 2020.

⁶⁷ ATF 146 III 313.

pour justifier une mesure de protection, la vaccination étant « *par nature destinée à prévenir la possibilité abstraite d'une infection par une maladie jugée dangereuse ou du moins de la réduire à un minimum* » (c. 6.2.5, notre traduction). Au niveau de la proportionnalité, on ne voyait pas d'autre mesure moins intrusive et également apte à protéger des enfants mineurs de manière durable contre la rougeole (c. 6.2.7). Le Tribunal fédéral a toutefois laissé ouverte la question de la possibilité d'ordonner une vaccination pour le bien de l'enfant dans une situation où les deux parents s'opposeraient à la vaccination (c. 6.2.3).

[47] En France, suite à l'extension des vaccinations obligatoires en 2017 (cf. *Introduction*), le Conseil d'Etat a été amené à examiner si cette mesure était conforme aux droits fondamentaux. Dans sa décision,⁶⁸ le Conseil d'Etat a ancré son raisonnement dans le principe de la proportionnalité :

« Il doit ainsi exister un rapport suffisamment favorable entre, d'une part, la contrainte et le risque présentés par la vaccination pour chaque personne vaccinée et, d'autre part, le bénéfice qui en est attendu tant pour cet individu que pour la collectivité dans son entier, y compris ceux de ses membres qui ne peuvent être vaccinés en raison d'une contre-indication médicale, compte tenu à la fois de la gravité de la maladie, de son caractère plus ou moins contagieux, de l'efficacité du vaccin et des risques ou effets indésirables qu'il peut présenter. »
(c. 5)

[48] Le Conseil d'Etat a estimé que ces conditions étaient, en l'espèce, remplies :

[49]

« Il résulte de ce qui précède qu'en rendant obligatoires les onze vaccins figurant déjà au calendrier des vaccinations rendu public par le ministre chargé de la santé, mais qui, pour huit d'entre eux, étaient antérieurement seulement recommandés, les dispositions législatives critiquées ont apporté au droit au respect de la vie privée une restriction justifiée par l'objectif poursuivi d'amélioration de la couverture vaccinale pour, en particulier, atteindre le seuil nécessaire à une immunité de groupe au bénéfice de l'ensemble de la population, et proportionnée à ce but. » (c. 12)

2. L'arrêt de la Cour Vavříčka et autres c. République tchèque

[50] Dans cette section, nous présenterons les principaux traits de l'arrêt de la Cour, en commençant par replacer celui-ci dans le contexte de la requête et de la jurisprudence de la Cour en matière de vaccination (A.), puis en résumant le raisonnement des juges au sujet de l'art. 8 CEDH (B.) et de l'art. 9 CEDH (C.), dans la mesure pertinente pour l'application de ces éléments à une obligation de vaccination en matière de COVID-19.

⁶⁸ Conseil d'Etat, Décision n° 419242, 6 mai 2019.

A. Contexte

[51] Si l'arrêt intervient dans un contexte où la vaccination obligatoire est plus que jamais d'actualité, l'affaire *Vavříčka et autres c. République tchèque* n'est pas la première dans laquelle la Cour s'est penchée sur ces questions. Dans un arrêt *Solomakhin c. Ukraine* de 2012, la Cour avait déjà jugé qu'une telle vaccination tombe dans le champ de protection de l'art. 8 CEDH, sous l'angle de l'intégrité physique.⁶⁹ Dans cette affaire, le requérant alléguait avoir subi des atteintes à sa santé suite à une vaccination effectuée dans un cadre hospitalier. La Cour avait estimé qu'en l'espèce l'acte était justifié « *par les considérations de santé publique et la nécessité de contrôler la dissémination de maladies infectieuses dans la région* », et que les démarches appropriées avaient été effectuées pour vérifier qu'il n'y avait pas de contre-indication à la vaccination.⁷⁰ Dans une décision plus ancienne de 1998, la Commission avait examiné les vaccinations infantiles obligatoire sous l'angle de l'intégrité physique mais également de la liberté de conscience, en arrivant à la conclusion que les griefs étaient manifestement mal fondés.⁷¹ A cette occasion, la Commission avait noté qu'un Etat ne dépasse pas sa marge d'appréciation en « *obligeant l'individu à s'incliner devant l'intérêt général et à ne pas mettre en péril la santé de ses semblables, lorsque sa vie n'est pas en péril* » (§ 4). S'agissant en revanche d'une vaccination uniquement recommandée, la Cour avait considéré en 2013 dans l'arrêt *Baytüre et autres c. Turquie* qu'un régime d'indemnisation de dommages liés à la vaccination, sans erreur médicale, était une mesure de sécurité sociale qui échappe au domaine de la Convention (§ 30⁷²).

[52] En comparaison avec les arrêts précités, l'arrêt *Vavříčka* se distingue par sa longueur et le soin apporté aux motifs composant son raisonnement. Il n'est pas anodin à cet égard que la Chambre initialement saisie se soit dessaisie des requêtes en faveur de la Grand Chambre,⁷³ signe de l'importance attribuée à la problématique dans le débat public et aux enjeux de cette affaire. Divers tiers intervenants avaient en outre déposé des écritures, soit en faveur de l'obligation (les gouvernements français, allemands, polonais et slovaques), soit en sa défaveur (Association de patients affectés par des problèmes de santé causés par des vaccins ou le Centre européen pour le droit et la justice, ou encore le Forum européen pour la vaccino-vigilance).

[53] L'affaire visait la loi sur la protection de la santé publique en République tchèque, qui contient l'obligation de se soumettre à un plan de routine pour les vaccinations infantiles. Pour les moins de quinze ans, les représentants légaux ont la responsabilité de veiller aux respects des obligations légales.⁷⁴ La violation des obligations entraîne deux types de conséquence : une amende administrative pour les parents, et l'exclusion des établissements préscolaires pour les enfants, sauf preuve que l'enfant a acquis l'immunité d'une autre manière ou ne peut être vacciné pour des raisons de santé.⁷⁵ Les requérants étaient M. Vavříčka, un père ayant refusé certaines vaccinations pour ses enfants, et plusieurs enfants auxquels l'entrée en établissement préscolaire

⁶⁹ CourEDH, *Solomakhin c. Ukraine*, req. no. 24429/03, 15 mars 2012, §§ 33–36.

⁷⁰ CourEDH, *Solomakhin c. Ukraine*, req. no. 24429/03, 15 mars 2012. En 2018, une requête no. 54372/15 *Skerlevska v. Macedonia* avait en outre été rayée du rôle faute de dépôt d'observations par la requérante.

⁷¹ CommissionEDH, *Boffa et autres c. Saint-Marin* (décision), req. no. 26536/95, 15 janvier 1998.

⁷² CourEDH, *Baytüre c. Turquie* (décision), req. no. 3270/09, 12 mars 2013.

⁷³ Communiqué de presse du 1^{er} janvier 2020, Dessaisissement en faveur de la Grande Chambre *Vavříčka c. République tchèque* et 5 autres requêtes (coe.int) (consulté le 11 juillet 2021).

⁷⁴ Arrêt *Vavříčka*, § 11.

⁷⁵ Arrêt *Vavříčka*, § 15.

avait été refusée pour vaccination incomplète.⁷⁶ Leurs recours avaient tous été rejetés par la Cour constitutionnelle tchèque, qui avait refusé de retenir une violation de leur droits fondamentaux. Nous résumons ci-dessous le raisonnement de l'arrêt tel que soutenu par la majorité des juges. Deux opinions dissidentes ont été publiées, dont nous reprendrons certains aspects dans notre analyse en Section 3.

B. Raisonnement de la Cour sur l'art. 8 CEDH

[54] En préambule à son analyse, « [1]a Cour souligne d'emblée que la présente espèce porte sur la vaccination usuelle et de routine des enfants contre des maladies qui sont bien connues de la médecine ». ⁷⁷ La Cour se penche tout d'abord sur le grief de violation de l'article 8 CEDH, en confirmant que l'intégrité physique tombe bien dans le champ de protection relatif à la vie privée. Par ailleurs, alors que les requêtes visaient formellement les conséquences du manquement à l'obligation de vaccination, les conséquences directes subies « ne peuvent pas réellement être dissociées de l'obligations sous-jacente ». ⁷⁸ L'objet des griefs réside donc bien, selon la Cour, tant dans l'obligation vaccinale que dans les conséquences des manquements à cette obligation. Or, selon la jurisprudence de la Cour, « la vaccination obligatoire, en tant qu'intervention médicale non volontaire, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention ». ⁷⁹ S'agissant de M. Vavříčka en tant que « requérant-parent », la Cour admet qu'il peut lui aussi invoquer une ingérence dans sa vie privée, étant personnellement soumis à l'obligation de faire vacciner ses enfants et son refus étant principalement lié à des craintes pour leur santé. ⁸⁰

[55] Le cœur de l'arrêt consiste en l'examen par la Cour de la justification de l'ingérence au sens de l'art. 8 al. 2 CEDH, soit : l'ingérence est-elle « prévue par la loi », poursuit-elle un « but légitime » parmi ceux énumérés, et est-elle « nécessaire dans une société démocratique » ?

[56] Après avoir confirmé l'existence d'une base légale au sens de la Convention, la Cour se tourne vers la question de l'existence d'un but légitime, à laquelle elle répond par l'affirmative : « l'objectif de la législation pertinente est la protection contre des maladies susceptibles de faire peser un risque grave sur la santé ». ⁸¹ La Cour distingue deux sous-objectifs, soit la protection des « personnes qui reçoivent les vaccins en question », et de celles « qui ne peuvent pas se faire vacciner et qui se trouvent donc dans une situation de vulnérabilité, dépendant d'un taux élevé de vaccination qui serait atteint parmi l'ensemble de la population ». ⁸² Jugeant que la protection de la santé et des droits d'autrui constitue un but accepté en vertu de l'art. 8 CEDH, la Cour se dispense d'examiner si d'autres buts légitimes, notamment la sûreté publique, le bien-être économique du pays ou la défense de l'ordre, pourraient également entrer en ligne de compte. ⁸³

⁷⁶ Cf. pour le détail, arrêt *Vavříčka*, §§ 22–64.

⁷⁷ Arrêt *Vavříčka*, § 158.

⁷⁸ Arrêt *Vavříčka*, § 259.

⁷⁹ Arrêt *Vavříčka*, § 263.

⁸⁰ Arrêt *Vavříčka*, § 264.

⁸¹ Arrêt *Vavříčka*, § 272.

⁸² Arrêt *Vavříčka*, § 272.

⁸³ Arrêt *Vavříčka*, § 272.

[57] L'essentiel de la motivation de l'arrêt est consacré à l'évaluation de la « nécessité dans une société démocratique », c'est-à-dire de la proportionnalité, analyse que la Cour divise en quatre aspects : i. dans le cadre de la latitude laissée aux Etats membres, ii. les mesures doivent être la réponse à un « *besoin social impérieux* », iii. sur la base de « *motifs pertinents et suffisants* », et iv. elles doivent être proportionnées au but légitime poursuivi.

[58] Premièrement, la Cour se penche sur la marge d'appréciation laissée aux Etats membres. Sur le soutien à la vaccination en tant qu'instrument de santé publique, la Cour note « *un consensus général, fermement soutenu par les organismes internationaux spécialisés, revenant à considérer que la vaccination est l'une des interventions médicales qui présentent le plus d'efficacité et le rapport coût-efficacité le plus favorable et que chaque Etat doit s'employer à atteindre le taux de vaccination le plus élevé possible parmi sa population* ». ⁸⁴ En revanche, les positions diffèrent sur le moyen d'atteindre ces objectifs. La Cour « *constate l'absence de consensus quant à un modèle unique. En fait, il existe parmi les Parties contractantes à la Convention tout un éventail de politiques relatives à la vaccination des enfants, qui va du modèle reposant entièrement sur les recommandations aux modèles qui érigent en obligation légale le fait de veiller à la vaccination complète des enfants, en passant par ceux qui imposent une ou plusieurs vaccinations obligatoires* ». ⁸⁵ La Cour observe une tendance récente à « *donner un tour plus prescriptif* » aux politiques, suite à la baisse constatée dans divers Etat de la vaccination volontaire et donc la baisse de la couverture vaccinale. ⁸⁶

[59] Selon la Cour, « *[s]i la vaccination des enfants, aspect fondamental de la politique actuelle de santé publique, ne soulève pas en elle-même de questions sensibles sur le plan moral ou éthique, [...] le fait d'ériger la vaccination en obligation légale peut être perçu comme posant pareilles question* ». ⁸⁷ Toutefois, le caractère sensible du débat ne se limite pas « *au point de vue des personnes hostiles à l'obligation vaccinale* », mais doit être considéré également « *sous l'angle de l'importance que revêt la solidarité sociale, l'objet de l'obligation en cause étant de protéger la santé de tous les membres de la société, en particulier des personnes qui sont particulièrement vulnérables face à certaines maladies et pour lesquelles le reste de la population est invité à prendre un risque minime en se faisant vacciner* ». ⁸⁸

[60] La Cour conclut, sur cet aspect que la marge d'appréciation laissée aux Etats contractants en matière de santé publique, spécifiquement sur le caractère obligatoire de la vaccination des enfants, doit être ample. ⁸⁹

[61] Deuxièmement, s'agissant du besoin social impérieux, la Cour souligne l'existence pour les Etats contractants « *d'une obligation positive de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie et de la santé des personnes relevant de leur juridiction* ». ⁹⁰ Au vu des avis présentés par le gouvernement tchèque, la Cour se déclare satisfaite de la conviction exprimée par les autorités médicales compétentes que la vaccination des enfants « *doit continuer à relever d'une obligation légale* », et du « *risque que ferait peser sur la santé individuelle et publique une éventuelle baisse du taux de vaccination si cet acte devenait une procédure simplement recommandée* ». ⁹¹

⁸⁴ Arrêt *Vavříčka*, § 277.

⁸⁵ Arrêt *Vavříčka*, § 278.

⁸⁶ Arrêt *Vavříčka*, § 278.

⁸⁷ Arrêt *Vavříčka*, § 279.

⁸⁸ Arrêt *Vavříčka*, § 279.

⁸⁹ Arrêt *Vavříčka*, § 280.

⁹⁰ Arrêt *Vavříčka*, § 282.

⁹¹ Arrêt *Vavříčka*, § 283.

[62] Troisièmement, sur les motifs pertinents et suffisants, la Cour s'appuie sur ses constats précédents, soit que de « *solides raisons de santé publique* » plaident pour la vaccination infantile,⁹² et que les autorités des Etats contractants sont les mieux placées pour apprécier le choix à faire entre les différents modèles possibles pour atteindre l'objectif visé.

[63] Rappelant l'obligation pour les Etats contractants « *de placer l'intérêt supérieur de l'enfant, et également des enfants en tant que groupe, au centre de toutes les décisions touchant à leur santé et à leur développement* », la Cour rejette implicitement la thèse des requérants selon laquelle il revient « *principalement aux parents de déterminer* » cet intérêt supérieur.⁹³ Concernant la vaccination, « *l'objectif doit être de veiller à ce que tout enfant soit protégé contre les maladies graves [...]. Dans la grande majorité des cas, cet objectif est atteint par l'administration aux enfants, dès leur plus jeune âge, de tous les vaccins prévus dans le programme vaccinal. Ceux qui ne peuvent pas recevoir ce traitement sont protégés indirectement contre les maladies contagieuses tant que, au sein de leur communauté, la couverture vaccinale est maintenue au niveau requis* ». ⁹⁴ La République tchèque prend dûment en compte cet intérêt supérieur en mettant en place une politique de vaccination obligatoire lorsqu'il apparaît que cela est nécessaire pour maintenir un niveau de protection approprié.⁹⁵

[64] Quatrièmement, concernant la proportionnalité, la Cour commence par examiner les caractéristiques concrètes du régime national mis en place. Elle retient à cet effet les éléments suivants :

- i. l'obligation concerne neuf maladies « *contre lesquelles la vaccination est estimée sûre et efficace par la communauté scientifique* », ⁹⁶
- ii. l'obligation n'est pas absolue, puisqu'elle permet des dispenses notamment pour les enfants présentant une contre-indication à la vaccination.⁹⁷ Par ailleurs, la Cour constitutionnelle tchèque a reconnu le droit à « *l'objection de conscience séculière* », ⁹⁸
- iii. le droit tchèque ne permet pas d'imposer directement la vaccination, mais l'application de sanctions comme moyen indirect pour faire respecter l'obligation : concernant les parents, la sanction peut être tenue pour « *relativement modérée, puisqu'elle consiste en une amende administrative qui ne peut être infligée qu'une seule fois* », et « *ne saurait être considérée comme ayant été excessivement lourde ou sévère* ». ⁹⁹ Concernant les enfants, la mesure est de nature essentiellement protectrice et non punitive, et ne vise que l'enseignement pré-obligatoire ;
- iv. des garanties procédurales existent selon le droit national, notamment des voies de droit devant les juridictions administratives, jusqu'à la Cour constitutionnelle ; ¹⁰⁰
- v. La possibilité d'obtenir réparation sur la base d'une responsabilité objective en cas d'atteinte à la santé est pertinente pour l'évaluation d'un régime de vaccination obligatoire, même si

⁹² Arrêt *Vavříčka*, § 285.

⁹³ Arrêt *Vavříčka*, §286.

⁹⁴ Arrêt *Vavříčka*, § 288.

⁹⁵ Arrêt *Vavříčka*, § 289.

⁹⁶ Arrêt *Vavříčka*, § 291.

⁹⁷ Arrêt *Vavříčka*, § 291.

⁹⁸ Arrêt *Vavříčka*, § 292.

⁹⁹ Arrêt *Vavříčka*, § 293 et § 304.

¹⁰⁰ Arrêt *Vavříčka*, § 295.

dans le cas d'espèce ce point ne pourrait se voir accorder une importance déterminante, aucun requérant ne s'étant vu administrer les vaccins contre son gré ou ses souhaits.¹⁰¹

[65] La Cour ne se laisse par ailleurs pas convaincre par les arguments de conflits d'intérêts et de manque de transparence et de débat public, notamment dans l'élaboration des politiques publiques et le fonctionnement des groupes d'expert mandatés.¹⁰² Sur les préoccupations exprimées par rapport à l'efficacité et l'innocuité des vaccins, la Cour souligne que le régime national laisse une latitude sur le choix du vaccin ainsi que le calendrier vaccinal, et renvoie encore une fois « *au consensus général existant au sujet de l'importance vitale* » de la vaccination.¹⁰³ Concernant l'innocuité, la Cour reconnaît l'existence d'effets néfastes liés à la vaccination dans de rares cas, mais considère que le système national tient compte de manière adéquate de ce risque, notamment en imposant la vérification de l'absence de contre-indication avant chaque vaccination, en exigeant une homologation auprès de l'autorité de contrôle des médicaments et en imposant aux professionnels de la santé des obligations de signalement des effets secondaires : « *Il s'ensuit que l'innocuité des vaccins employés est soumise à un contrôle permanent des autorités compétentes* ». ¹⁰⁴

[66] Finalement, la Cour examine de manière séparée l'exclusion des requérants-enfants de l'école maternelle, admettant qu'elle implique « *la perte d'une occasion cruciale de développer leur personnalité et de débiter l'acquisition d'importantes aptitudes relationnelles et facultés d'apprentissage dans un environnement formateur et pédagogique* ». ¹⁰⁵ Néanmoins, « *[c]ette perte a toutefois été la conséquence directe du choix fait par leurs parents respectifs de refuser de se conformer à une obligation légale visant à protéger la santé, en particulier celle des enfants de cette tranche d'âge* ». ¹⁰⁶ La Cour insiste sur le fait que pour les enfants bénéficiant d'une dispense médicale, la possibilité de fréquenter une école maternelle dépend du taux élevé de vaccination chez tous les autres enfants : « *on ne saurait estimer disproportionné le fait qu'un État exige, de la part de ceux pour qui la vaccination représente un risque lointain pour la santé, d'accepter cette mesure de protection universellement appliquée, dans le cadre d'une obligation légale et au nom de la solidarité sociale, pour le bien du petit nombre d'enfants vulnérables qui ne peuvent pas bénéficier de la vaccination* ». ¹⁰⁷ D'ailleurs, l'atteinte est limitée dans le temps puisque le statut vaccinal ne permet pas l'exclusion de l'école élémentaire obligatoire. ¹⁰⁸

[67] En conclusion, la Cour précise une fois encore qu'il ne lui appartient pas déterminer « *si une autre politique, moins prescriptive, aurait pu être adoptée, comme dans d'autres Etats européens* », ¹⁰⁹ mais plutôt si la pesée des intérêts effectuée par la République tchèque reste dans l'ample marge d'appréciation laissée aux autorités nationales. Cette marge d'appréciation n'étant pas excédée, les mesures étaient bien « *nécessaires dans une société démocratique* », ce qui permet de nier l'existence d'une violation de l'art. 8 CEDH. ¹¹⁰

¹⁰¹ Arrêt *Vavříčka*, § 302.

¹⁰² Arrêt *Vavříčka*, § 296–298.

¹⁰³ Arrêt *Vavříčka*, § 300.

¹⁰⁴ Arrêt *Vavříčka*, § 301.

¹⁰⁵ Arrêt *Vavříčka*, § 306.

¹⁰⁶ Arrêt *Vavříčka*, § 306.

¹⁰⁷ Arrêt *Vavříčka*, § 306.

¹⁰⁸ Arrêt *Vavříčka*, § 307.

¹⁰⁹ Arrêt *Vavříčka*, § 310.

¹¹⁰ Arrêt *Vavříčka*, § 310.

C. Raisonement de la Cour sur l'art. 9 CEDH

[68] Les requérants faisaient également valoir une violation de l'art. 9 CEDH qui consacre la liberté de pensée, de conscience et de religion. La Cour constate tout d'abord qu'aucun des requérants ne faisait valoir que sa position critique à l'égard de la vaccination était d'inspiration religieuse. Partant, c'est bien la liberté de conscience et de pensée qui est en jeu. L'applicabilité de l'art. 9 CEDH à cette conviction particulière (opposition à la vaccination) n'a jamais fait l'objet d'un examen par la Cour. Cette dernière souligne que dans l'affaire *Boffa*, la Commission avait considéré que l'art. 9 CEDH ne permet pas de justifier n'importe quel acte motivé ou inspiré par une conviction. De même, la Cour renvoie à son raisonnement dans l'affaire *Bayatyan c. Arménie*, sur l'objection de conscience au service militaire. Dans cette affaire, la Cour avait jugé que « *l'opposition au service militaire, lorsqu'elle est motivée par un conflit grave et insurmontable entre l'obligation de servir dans l'armée et la conscience d'une personne ou ses convictions sincères et profondes, de nature religieuse ou autre, constitue une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance pour entraîner l'application des garanties de l'article 9* ». Savoir si une objection relevait de la protection de l'art. 9 CEDH devait donc être tranché en fonction des circonstances propres à chaque affaire.¹¹¹ Dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*, la Cour avait également déjà affirmé que, quelle que soit la fermeté des convictions de la requérante sur le suicide assisté, « *tous les avis ou convictions n'entraient pas dans le champ d'application de l'article 9* ».¹¹²

[69] La Cour constitutionnelle tchèque avait d'ailleurs bien réservé « *une possibilité de renonciation exceptionnelle à l'application d'une sanction pour manquement à l'obligation vaccinale lorsque les circonstances appelaient de manière fondamentale à préserver l'autonomie de la personne concernée* »,¹¹³ mais avait considéré que dans le cas d'espèce *M. Vavříčka* n'avait pas fait preuve de la constance nécessaire et n'avait soulevé des motifs liés à sa conscience qu'à un stade tardif et de manière insuffisamment étayée.

[70] La Cour estime que l'approche des instances nationales est raisonnable, et que « *l'avis critique de l'intéressé sur la vaccination n'est pas de nature à constituer une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance pour entraîner l'application des garanties de l'article 9* »,¹¹⁴ aucun des autres requérants n'ayant par ailleurs soulevé cette question devant les instances nationales. Par conséquent, la cour juge que ce grief est en l'espèce incompatible *ratione materiae* avec l'art. 9 CEDH au sens de l'article 35 § 3 let. a CEDH et qu'il doit donc être rejeté en application de l'article 35 § 4 CEDH.

[71] Finalement, la Cour nie une violation de l'art. 2 du Protocole n° 1 sur le droit à l'instruction, sans se pencher plus avant sur ce grief, jugeant que ses considérants concernant l'art. 8 CEDH la dispense de l'examiner séparément.¹¹⁵

¹¹¹ Arrêt *Vavříčka*, § 332.

¹¹² Arrêt *Vavříčka*, § 333.

¹¹³ Arrêt *Vavříčka*, § 334.

¹¹⁴ Arrêt *Vavříčka*, § 334.

¹¹⁵ Arrêt *Vavříčka*, § 345.

3. Répercussions sur le débat entourant la vaccination COVID-19

[72] Cette troisième partie présente l'état du droit suisse sur la vaccination COVID-19 (A.), puis elle aborde la compatibilité avec la CEDH d'une éventuelle obligation vaccinale (B.) et la fine ligne de démarcation entre obligation formelle et incitation (C.).

A. Etat du droit sur la vaccination COVID en Suisse

[73] Les bases légales pour les mesures liées à la COVID-19 sont réparties, d'une part, dans la réglementation générale sur les maladies transmissibles (LEp et ordonnances d'application) présentée dans la Section 1, et, d'autre part, dans des réglementations spécifiques au COVID, en particulier la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (« loi COVID-19 »)¹¹⁶ et ses ordonnances d'application. Comme expliqué ci-dessus, la législation générale n'autorise l'introduction d'obligations de vaccination que dans des circonstances particulières et/ou pour des groupes de population bien définis. Les règles propres à la COVID ne modifient pas cette situation (état au 20 juillet 2021). Aucune vaccination obligatoire n'est prévue, ni même une ouverture plus large des possibilités d'introduire une telle obligation.

[74] La loi COVID-19 et ses ordonnances accordent d'ailleurs une place relativement limitée à la thématique de la vaccination. La loi COVID-19 mentionne la vaccination comme l'une des mesures de prophylaxie devant être préférées, selon les principes de subsidiarité et de proportionnalité notamment, à d'autres mesures plus restrictives de la vie sociale et économique :

[75] « *La Confédération et les cantons devront tout d'abord exploiter toutes les possibilités offertes par les plans de protection, par les stratégies de dépistage et de vaccination et par le traçage des contacts* » (article 1 al. 2bis ; nous soulignons).

[76] La loi COVID-19 précise toutefois que l'objectif de la vaccination vise uniquement à assurer la protection de la population adulte :

[77] « *Si la population adulte souhaitant être vaccinée a reçu une dose suffisante de vaccin, les restrictions de capacité applicables aux établissements et aux entreprises accessibles au public ainsi qu'aux manifestations et aux rassemblements privés doivent être levées. Des plans de protection appropriés sont possibles, pour autant qu'ils soient proportionnés* » (article 1a al. 2).

[78] Toujours dans la loi COVID-19, la conséquence la plus claire de la vaccination se rapporte à une possible exemption des obligations de quarantaine (art. 3a LEp) : « *Personnes vaccinée (sic)* ¹ *Les personnes vaccinées contre le COVID-19 au moyen d'un vaccin autorisé dont il est prouvé qu'il prévient la transmission du virus ne sont soumises à aucune quarantaine.* ² *Le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions* ».

[79] La loi COVID-19 prévoit finalement la mise en place d'un certificat sanitaire (art. 6a) qui pourra, en particulier, servir à établir le statut de vaccination d'une personne : « ¹ *Le Conseil fédéral définit les exigences applicables au document prouvant que son titulaire a été vacciné contre le*

¹¹⁶ RS 818.102.

COVID-19, qu'il en est guéri ou qu'il dispose d'un résultat de test du dépistage du COVID-19 ». Ce certificat est désormais réglementé dans l'Ordonnance COVID-19 certificats.¹¹⁷

[80] L'annexe 1a de l'ordonnance 3 COVID définit les grandes lignes de ce qui est considéré comme une vaccination reconnue en Suisse, soit : i. une vaccination effectuée en Suisse selon les recommandations de l'OFSP, ii. une vaccination telle qu'autorisée par l'Agence européenne des médicaments pour l'UE, ou iii. un vaccin « selon la liste des situations d'urgences de l'OMS et complètement administré, conformément aux prescriptions ou aux recommandations de l'État dans lequel la vaccination a été effectuée ».

[81] Les dispositions sur les conséquences concrètes d'une vaccination sont disséminées dans les diverses ordonnances, et peuvent être à la fois à l'avantage de la personne et à son détriment :

- Pas de restrictions d'entrée en Suisse, y compris de pays classifiés à risque (art. 4 al. 2 de l'ordonnance 3 du 19 juin 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance 3 COVID-19)¹¹⁸ ;
- Perte de la protection en qualité de personne vulnérable dans le cadre du travail (art. 27a ordonnance 3 COVID) ;
- Plus de droit aux autotests gratuits pendant 365 jours (annexe 6 ordonnance 3 COVID, section 3.3.) ;
- Atténuations de l'obligation de porter le masque dans les espaces accessibles au public des installations ou établissements, y compris les établissements médico-sociaux (art. 6 de l'ordonnance du 23 juin 2021 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (ordonnance COVID-19 situation particulière)¹¹⁹ ;
- Exemption de quarantaine-contact (art. 7 ordonnance COVID-19 situation particulière).

[82] Par le biais du certificat COVID, la vaccination permet également l'accès (sans devoir se soumettre à un test) à certaines manifestations et grands événements. Pour les discothèques, salles de danse, grandes manifestations, le certificat COVID est imposé par l'ordonnance COVID-19 situation particulière (art. 13 al. 1, art. 17). Dans d'autres domaines, l'usage d'un certificat COVID permet à l'organisateur de réduire les exigences des plans de protection (facilitations pour sport en intérieur, suppression de la nécessité de collecter les données, etc. (art. 20 let. d)).

[83] Conformément à sa tradition, la Suisse ne prévoit actuellement aucune obligation de vaccination en matière de COVID. Même si les autorités suisses ont revu à la hausse le taux de couverture visé suite à l'apparition du variant dit « delta » (fixé à présent à 80%),¹²⁰ la position helvétique reste que ce taux doit être atteint par d'autres moyens – recommandations, campagnes d'information – que celui de l'obligation. L'évolution pandémique étant toutefois imprévisible, il paraît nécessaire d'examiner dans quelle mesure une telle obligation pourrait être introduite, en s'inspirant des critères énoncés dans l'arrêt *Vavříčka*.

¹¹⁷ Ordonnance du 4 juin 2021 sur les certificats attestant la vaccination contre le COVID-19, la guérison du COVID-19 ou la réalisation d'un test de dépistage du COVID-19 (Ordonnance COVID-19 certificats), RS 818.102.2.

¹¹⁸ RS 818.101.24.

¹¹⁹ RS 818.101.26

¹²⁰ Alain Berset : « Il faudrait que 80% de la population soit immunisée pour que le virus ne circule plus » – rts.ch – Info (consulté le 11 juillet 2021).

B. Compatibilité d'une obligation de vaccination COVID avec la CEDH

[84] La Cour reconnaît que divers modèles coexistent au niveau européen s'agissant de la stratégie visant à obtenir une couverture maximale de vaccination dans la population, mais un modèle prévoyant des obligations de vaccination est parfaitement admissible. Chaque Etat partie jouit de plus d'une ample latitude pour évaluer si une obligation de vaccination est nécessaire sur son territoire afin de sauvegarder les objectifs de santé publique en jeu. Rien ne s'opposerait donc, sur le principe, à l'introduction d'une obligation de vaccination contre la COVID-19 en Suisse, sous réserve du respect des exigences posées pour la justification d'une ingérence au sens de l'art. 8 al. 2 CEDH. Ces exigences se recoupent avec celles justifiant la restriction de droits fondamentaux sous l'angle du droit suisse, soit l'existence d'une base légale, la poursuite d'un but d'intérêt public, et l'examen de la proportionnalité (cf. 1.D. supra).

i. Bases légales pour une vaccination obligatoire

[85] La condition de base légale renvoie au droit national. Comme expliqué (cf. 1.B. supra), le cadre juridique suisse ne permet pas actuellement d'introduire une obligation générale de vaccination. Des obligations de vaccination devraient donc d'emblée être prévues uniquement « pour les groupes à risques, pour les personnes particulièrement exposées et pour les personnes exerçant certaines activités » et seulement si un danger sérieux est établi (art. 22 LEp). En situation normale, cette compétence est du ressort des cantons. En situation particulière, le Conseil fédéral peut lui aussi « déclarer obligatoires des vaccinations pour les groupes de population en danger, les personnes particulièrement exposées et les personnes exerçant certaines activités » (art. 6 al. 2 let. d. LEp), ce qui répond à l'objectif de permettre « une procédure rapide et homogène à l'ensemble du territoire national ». ¹²¹ Les cantons conservent cependant la compétence parallèle de déclarer des vaccinations obligatoires sur leur territoire. ¹²²

[86] Ce n'est donc que si les autorités devaient être contraintes de replacer la Suisse en situation extraordinaire qu'une obligation générale de vaccination deviendrait juridiquement envisageable, au sens de l'art. 7 LEp et par voie d'ordonnance du Conseil fédéral directement fondée sur l'art. 183 al. 3 Cst. Sous l'angle de la base légale, il convient de rappeler que la Cour comprend cette notion dans son acceptation « matérielle » et non « formelle », de sorte qu'elle ne se limite pas aux lois formelles adoptées par le parlement. ¹²³ Sous l'angle de l'art. 36 al. 1 2^{ème} phrase Cst., le Tribunal fédéral a par ailleurs jugé qu'une vaccination ne représente pas une atteinte grave aux droits fondamentaux (cf. 1.D. supra).

[87] Par conséquent, l'introduction d'une obligation de vaccination générale sous forme d'ordonnance indépendante paraîtrait admissible, mais supposerait une dégradation de la situation pandémique telle qu'un retour à la situation extraordinaire s'imposerait. Une hypothèse politiquement plus plausible serait celle de l'introduction d'obligations spécifiques à l'échelle nationale par le Conseil fédéral sur la base de l'état de situation particulière. Dans ce cadre, l'existence d'une situation particulière valide vraisemblablement le critère d'un « danger sérieux », mais la

¹²¹ Message 2010 (nbp. 37), p. 345.

¹²² Message 2010 (nbp. 37), p. 345.

¹²³ Arrêt *Vavříčka*, § 269.

portée de l'obligation pourrait continuer à s'inspirer des critères énoncés à l'art. 38 OEp (cf. iii infra).

ii. But d'intérêt public

[88] S'agissant de la condition de l'objectif légitime poursuivi, la Cour a amplement insisté sur l'intérêt de la vaccination en tant que mesure-phare de prévention en santé publique. Cet intérêt est également reconnu en Suisse, tant de manière générale par la LEp et par le Tribunal fédéral, que spécifiquement par la loi COVID-19. Cette dernière consacre la vaccination comme une mesure devant être préférée à des restrictions sanitaires jugées plus intrusives dans la vie sociale et économique.

[89] L'incertitude entourant la pesée des intérêts dans le cas de la COVID-19 est certes plus importante que dans le contexte dans lequel s'inscrit le raisonnement de la Cour, qui rappelait d'emblée que sa décision visait des vaccinations infantiles de routine contre des maladies bien connues. Dans le cas de la COVID-19, en revanche, nombre de facteurs restent à éclaircir. Toutefois, ces incertitudes valent des deux côtés de la pesée des intérêts : d'un côté, certaines résistances dans la population s'expliquent par la perception d'un manque de recul sur l'application des vaccins mRNA – utilisés de manière exclusive en Suisse –, les premiers à être commercialisés pour l'être humain utilisant cette technologie.¹²⁴ D'un autre côté, les répercussions de la COVID-19 sur la santé sont multiples et pourraient toucher à long terme plus d'un individu sur dix, y compris des personnes jeunes et sans risques de complication, alors qu'on tâtonne toujours pour évaluer l'ampleur et les causes de ces séquelles, et pour trouver des traitements.¹²⁵ Dans le cadre de l'examen de la responsabilité de la Confédération (mesures de lutte contre l'épizootie de la « vache folle »), le Tribunal fédéral a souligné que l'autorité dispose d'une large marge d'appréciation en situation de crise comportant une large part d'incertitude, puisqu'elle est contrainte d'agir sur la base des connaissances scientifiques du moment et s'expose nécessairement à en faire « trop », ou, au contraire, « pas assez ».¹²⁶

[90] La stratégie choisie par les autorités suisses au printemps 2021 est celle d'une levée des mesures sanitaires de protection selon une devise qu'on pourrait résumer comme « soit vacciné, soit infecté ».¹²⁷ A moins d'un revirement politique ou de la découverte d'un traitement efficace, la vaccination apparaît donc comme l'arme principale pour réduire la circulation du virus dans la population, atténuer les conséquences en termes de santé publique, y compris les charges à venir sur le système des assurances sociales, et limiter le risque d'apparition de nouveaux variants

¹²⁴ Recommandations de vaccination avec des vaccins à ARNm contre le COVID-19 (état au 22 juin 2021); Vaccination contre le COVID-19 (admin.ch) (consulté le 11 juillet 2021).

¹²⁵ Cf., notamment, COVID-19 Symptoms : Longitudinal Evolution and Persistence in Outpatient Settings | Annals of Internal Medicine (acpjournals.org) (consulté le 11 juillet 2021); Réponse du Conseiller fédéral A. Berset devant le Parlement en mars 2021, 21.3014 | Garantir aux personnes atteintes du « Covid long » un traitement et une réadaptation appropriés | Bulletin officiel | Le Parlement suisse (parlament.ch) (consulté le 16 juillet 2021).

¹²⁶ ATF 132 II 305 c. 4.4.

¹²⁷ Communiqué de presse de l'OFSP du 21 avril 2021, Coronavirus : le Conseil fédéral présente les prochaines étapes avec le modèle des trois phases (admin.ch) : « On peut partir du principe qu'à long terme, les personnes non vaccinées et non guéries s'infecteront » ; confirmé par le Conseiller fédéral A. Berset, conférence de presse du 24 juin 2021, min. 20 : « Früher oder später werden wir alle mit dem Virus in Kontakt kommen. Wir haben einfach eine Wahl, entweder mit einer Impfung, oder mit einer Ansteckung » (à noter que cette formulation est techniquement inexact, puisque le vaccin ARN ne contient pas de virus) 24 juin 2021 – Medienkonferenz / conférence de presse – YouTube (consulté le 16 juillet 2021).

qui pourraient relancer la pandémie et annihiler les efforts de vaccination déjà accomplis. Garantir rapidement l'obtention d'une couverture vaccinale élevée dans la population semble donc répondre à des impératifs de santé publique importants.

iii. Examen de proportionnalité

[91] Concernant l'aptitude de la vaccination à remplir les objectifs de santé publique visés, se poserait en amont la question de l'efficacité des vaccins COVID-19, question qu'il ne nous appartient évidemment pas de trancher dans cette contribution. La preuve d'efficacité étant une condition pour l'autorisation de mise sur le marché d'un vaccin par les autorités de régulation des produits thérapeutiques,¹²⁸ on peut toutefois partir du principe que cette condition est remplie, du moins pour les variants connus et pour les vaccins autorisés en Suisse. Le débat porte davantage sur le fait de savoir si une obligation de vaccination est apte à rehausser le taux de couverture vaccinale, respectivement si elle est nécessaire pour atteindre le taux visé.

[92] Les deux critères d'aptitude et de nécessité ne peuvent s'analyser que conjointement et de manière dynamique. L'art. 38 al. 1 OEp nomme à la fois le critère de « l'efficacité attendue » (let. d) d'une obligation, mais également « la pertinence et efficacité d'autres mesures » (let. e). Comme on l'a vu (cf. Introduction), la vaccination, en tant que mesure de prévention, a tendance à être victime de son succès. Plus la vaccination progresse, plus la perception du risque lié à la maladie aura tendance à s'atténuer. Savoir si une obligation de vaccination – surtout si elle ne peut être accompagnée d'une véritable « contrainte » (à ce sujet, cf. 3.C.) – s'avérerait plus efficace qu'une recommandation est une question qui relève de la recherche en sciences sociales et en santé publique. De manière pragmatique, on peut dire que la Suisse se trouve actuellement au stade de l'expérimentation *in vivo* de la mesure moins intrusive, soit une vaccination recommandée et soutenue par des campagnes d'information, mais facultative. D'ici la fin de l'été 2021 au plus tard, il devrait être possible d'évaluer si cette mesure moins intrusive aura permis d'atteindre les objectifs visés. A défaut, il pourrait se justifier d'examiner la nécessité d'obligations au moins partielles.

[93] Reste à analyser la question de la proportionnalité au sens strict. Comme indiqué, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que la vaccination obligatoire n'atteint pas l'essence des droits fondamentaux. En reprenant tour à tour les critères examinés par la Cour (cf. 2.B. supra), l'aspect de proportionnalité d'une vaccination obligatoire est surtout fonction des modalités de celle-ci.

[94] Premièrement, l'obligation vaccinale contre la COVID-19 viserait bien une maladie déterminée, pour laquelle la vaccination est actuellement estimée « sûre et efficace par la communauté scientifique ». L'arrêt *Vavříčka* ne précise pas ce qu'il faut entendre par « communauté scientifique », et développer cette question nous ferait sortir du cadre de cette contribution. On peut simplement relever que dans le cas de la COVID-19, les autorités de régulation sont en tout cas arrivées à cette conclusion, y compris les autorités de référence que sont l'OMS,¹²⁹ la Federal Drug Agency aux Etats-Unis et l'Agence européenne des médicaments, et, pour la Suisse, Swiss-

¹²⁸ Cf. not. art. 10 de la Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques, LPTh; RS 812.21).

¹²⁹ Cf. pour l'OMS, sous le Emergency Use Listing : Coronavirus Disease (COVID-19) | WHO – Prequalification of Medical Products (IVDs, Medicines, Vaccines and Immunization Devices, Vector Control) (consulté le 16 juillet 2021).

medic.¹³⁰ La vaccination COVID-19 fait l'objet de recommandations conjointes de l'OFSP et de la Commission fédérale pour les vaccinations.¹³¹ Si le Tribunal fédéral ne se considère pas formellement lié par les recommandations en matière de vaccination, celles-ci semblent revêtir, en particulier dans la jurisprudence de 2020 précitée (cf. 1.C. supra), un statut de lignes directrices fondamentales notamment lorsqu'il s'agit d'effectuer une pesée des intérêts comme l'exige l'examen de proportionnalité.

[95] Deuxièmement, s'agissant du champ d'application de l'obligation, sous réserve d'une situation extraordinaire, les bases légales actuelles n'admettraient de toute manière qu'une obligation limitée à certaines situations et catégories de population (cf. i. supra). Chez nos voisins, notamment en France et en Italie, l'obligation concerne certaines professions particulièrement susceptibles de transmettre la COVID-19 et au contact de personnes vulnérables, principalement celles des soignants (cf. Introduction). Le Conseil scientifique français s'est déclaré « conscient des enjeux éthiques, sanitaires, légaux et humains relatifs à cette question. Il estime cependant qu'après plusieurs mois d'explication, il est nécessaire de rappeler que le choix d'un métier de santé s'accompagne d'une responsabilité professionnelle vis-à-vis des personnes/patients que l'on accompagne ».¹³² Si la discussion se focalise sur les soignants, la définition des catégories pouvant ou devant faire l'objet d'une obligation ne coule pas de source. Comment délimiter, en effet, de manière rationnelle une « personne particulièrement exposée » ou un « groupe à risques » (art. 22 LEp), et à risque de quoi ? Doit-on tenir compte uniquement du risque d'hospitalisation, voire de décès, ou inclure le risque d'une incapacité de travail ou d'une perte de mobilité en cas de Covid long ? Ces questions doivent être posées pour définir une stratégie cohérente de protection, sous peine de tomber dans des arguments purement moralisateurs (p.ex. l'idée que les soignants ont nécessairement une obligation de protection d'autrui accrue parce qu'ils ont choisi cette profession). On pourrait penser également, comme le Conseil scientifique, aux professions offrant des services à la personne où les mesures de protection sont difficiles à appliquer. A défaut, on admet implicitement que les personnes particulièrement vulnérables doivent être protégées lorsqu'elles reçoivent des soins, mais qu'en revanche tout le reste de la vie sociale ne leur est pas essentiel et qu'elles peuvent s'en tenir écartées.

[96] La question de la transmission dans les écoles devrait également continuer à se poser, et donc la vaccination des enseignants, mais également des élèves. L'arrêt *Vavříčka* n'a pas eu à trancher la question de l'admissibilité d'une interdiction d'enseignement obligatoire pour des enfants non vaccinés. Le Tribunal fédéral a jugé admissible d'exclure temporairement les élèves non vaccinés en cas de foyer épidémique à l'école, en application de la LEp. Cette mesure est toutefois difficilement transposable, autrement qu'à très court terme, à une situation où les foyers épidémiques sont omniprésents comme c'est le cas avec la COVID-19.

[97] A noter que l'affaire *Vavříčka* visait des enfants en âge de maternelle, qui endossaient donc les conséquences des choix de leurs parents. Le Tribunal fédéral a été très clair sur le fait qu'une vaccination recommandée par l'OFSP correspond au bien de l'enfant, même si la question de savoir si les parents peuvent malgré tout refuser la vaccination a été laissée indécise. La situation en matière de COVID diffère pour des mineurs en mesure de consentir seuls à la vaccination. Le

¹³⁰ Autorisation de Swissmedic du 19 décembre 2020, Swissmedic autorise le premier vaccin contre le COVID-19 en Suisse (consulté 12 juillet 2021).

¹³¹ Vaccination contre le COVID-19 (admin.ch) (consulté le 10 juillet 2021).

¹³² Avis du 6 juillet 2021, p. 20.

Département fédéral de l'intérieur a indiqué, sur question parlementaire, qu'à partir de 12 ans un enfant devrait en principe pouvoir décider seul de sa vaccination COVID-19, même si la capacité de discernement doit bien entendu toujours être appréciée au cas par cas.¹³³

[98] Actuellement, la loi COVID-19 prévoit toutefois que l'objectif de vaccination vise uniquement la population adulte (cf. 3.A. supra), les mesures sanitaires devant être levées dès l'obtention d'une couverture satisfaisante dans cette population. Certains cantons ont d'ores et déjà levé l'obligation de port du masque dans les écoles,¹³⁴ alors que la vaccination des 12–17 ans venait à peine d'être autorisée.¹³⁵ On est donc très loin aujourd'hui d'une obligation de vaccination dans la population enfantine. La question qui pourrait occuper les autorités à l'automne serait plus vraisemblablement de savoir dans quelle mesure la loi COVID-19 actuelle, qui tolère voire impose une exposition par infection aux enfants sans mesures de protection dans le milieu scolaire, est compatible avec le droit à l'intégrité physique et psychique de l'enfant.¹³⁶

[99] Troisièmement, l'obligation vaudrait vraisemblablement sous réserve de dispense médicale ; les personnes au bénéfice d'une telle dispense sont d'ailleurs celles que l'obligation chercherait avant tout à protéger. Ces dispenses sont déjà prévues dans les ordonnances actuelles, notamment pour conserver le statut de personne vulnérable, vis-à-vis des employeurs, aux personnes qui ne peuvent se faire vacciner pour raisons médicales (cf. 3.A. supra).¹³⁷ La reconnaissance, au-delà d'une dispense médicale, d'exemptions pour « objection de conscience », devrait être soigneusement évaluée et soumise à un examen de proportionnalité plus approfondi. En effet, dans la mesure où l'on introduirait une obligation précisément en raison de l'effet insuffisant d'une vaccination facultative, il paraît discutable de maintenir l'option d'une objection de conscience à partir du moment où l'intérêt public à relever la couverture vaccinale aurait été retenu comme prépondérant.

[100] A noter que la Cour n'exige pas que la personne qui conteste l'obligation soit elle-même particulièrement à risque en cas d'infection ou se considère comme telle : la vaccination implique une obligation de solidarité au sein d'une société pour protéger ses concitoyens, et spécifiquement ceux qui pour des raisons médicales sont particulièrement vulnérables ou ne peuvent se faire vacciner eux-mêmes. On ne se trouve donc pas dans une constellation de « paternalisme » de santé publique (protéger la personne contre elle-même), où l'objection de conscience – sous forme d'une acceptation délibérée du risque personnel d'une infection – pourrait revêtir davantage de poids. Dans un arrêt concernant le droit à l'autodétermination médicale, notamment le refus de transfusion sanguine, la Cour avait réservé l'hypothèse de situations dans lesquelles la protection de tiers serait en jeu, citant l'exemple de « *vaccination obligatoire durant une épidémie* ». ¹³⁸ La considération de solidarité en société est particulièrement pertinente dans le cas de la COVID-19

¹³³ Vaccin : les enfants capables de discernement doivent décider seuls (parlament.ch) (consulté 11 juillet 2021).

¹³⁴ On respire ! – Lundi, les écoliers vaudois tombent le masque | 24 heures (consulté le 11 juillet 2021).

¹³⁵ Autorisation d'extension de Swissmedic du 4 juin 2021, Autorisation du vaccin contre le Covid-19 de Pfizer / BioNTech pour les adolescents en Suisse (swissmedic.ch) (consulté 12 juillet 2021).

¹³⁶ Cf. la contribution collective soutenue également par des scientifiques suisses dans le Lancet, sur la mise en danger des enfants par la levée des mesures en UK : DEEPTI GURDASANI et al., Mass infection is not an option : we must do more to protect our young, Lancet 7 juillet 2021, online first.

¹³⁷ PIERRE MARTIN-ACHARD/MARJOLAINE VIRET, La « personne vulnérable » et le rôle du médecin traitant, Rev Med Suisse 2021 ; 17 : 1326-9.

¹³⁸ CourEDH, *Jehovah's witnesses of Moscow et autres c. Russie*, req. no. 302/02, 10 juin 2010, § 136.

où les variations interindividuelles en termes de risques de complication sont considérables et encore peu connues.

[101] Quatrièmement, il n'est pas envisageable qu'une obligation en Suisse prenne la forme d'une contrainte directe – physique – de vaccination. L'art. 38 al. 3 OEp l'exclut d'ailleurs explicitement. L'obligation se concrétiserait donc nécessairement par une sanction indirecte attachée au refus de vaccination. Cette sanction pourrait consister en une amende et/ou en la perte d'avantages ou d'accès à certaines prestations. Lorsque l'on examine l'opportunité d'introduire une obligation formelle de vaccination, la question des sanctions encourues est fondamentale. Or, si l'arrêt *Vavříčka* soutient le principe de l'obligation de vaccination, il laisse également entendre que la sanction ne doit pas être excessivement lourde ou sévère. Nous traiterons de manière séparée ce point, qui pourrait considérablement réduire la portée pratique de la position de la Cour, *a priori* très favorable à la vaccination obligatoire (cf. 4.C. infra).

[102] S'agissant, finalement, des conditions-cadre nationales, la LEp prévoit d'ores et déjà un régime d'indemnisation pour dommages liés à une vaccination, sur une base de responsabilité objective (art. 64 ss LEp). Une décision d'une autorité prononçant par exemple une amende ou une exclusion suite à un refus de vaccination réaliserait les six éléments constitutifs d'une décision administrative sujette à recours,¹³⁹ de sorte que les conditions de garantie procédurale examinées par la Cour seraient aisément respectées. Comme soulevé dans l'une des opinions dissidentes à l'arrêt *Vavříčka*,¹⁴⁰ il conviendrait toutefois de préciser la portée du contrôle qu'effectue l'autorité judiciaire s'agissant des éléments factuels – essentiellement scientifiques – nécessaires à son examen (notamment pour déterminer l'aptitude d'une mesure ou sa nécessité), par rapport aux allégations présentées par les autorités. Afin qu'un réel contrôle soit garanti, les tribunaux administratifs devraient analyser, le cas échéant d'office et en nommant des experts, les bases factuelles nécessaires à l'examen de proportionnalité. Si les recommandations et les directives de l'OFSP peuvent à juste titre revêtir le caractère de lignes directrices (cf. 1.C. supra),¹⁴¹ le juge ne peut se reposer intégralement sur la position des autorités, ni dépendre entièrement des arguments et preuves des parties, au vu du déséquilibre évident dans les ressources à disposition de l'individu par rapport à l'Etat qui lui fait face.

[103] En résumé, une obligation vaccinale en Suisse contre la COVID-19 pourrait parfaitement être configurée de manière à rester compatible avec les garanties de la CEDH. Un changement de stratégie des autorités suisses en faveur d'obligations sélectives ne se heurterait ainsi pas aux droits fondamentaux tels qu'interprétés par les juges de Strasbourg. Les limitations viendraient davantage des restrictions imposées par la LEp à la généralisation de l'obligation que des contraintes découlant de ces garanties. Toutefois, les contours d'une obligation pourraient s'avérer difficiles à définir, ce qui nous amène à nous interroger sur l'interaction entre obligation et autres mesures visant à encourager la vaccination.

¹³⁹ THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd., Genève 2018, p. 280 ss.

¹⁴⁰ Arrêt *Vavříčka*, Opinion dissidente du Juge Wojtyczek, p. 91 ss.

¹⁴¹ Dans l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_395/2019, les juges fédéraux se sont considérablement appuyés sur les recommandations et directives de l'OFSP en matière de rougeole pour évaluer la proportionnalité de la mesure d'exclusion.

C. Obligation formelle ou incitation ?

[104] Comme évoqué (cf. 3.B.iii supra), les conséquences prévues en cas de non-respect d'une obligation vaccinale ne doivent pas être négligées dans l'évaluation de l'opportunité d'une vaccination obligatoire. Le recours à des mesures obligatoires peut s'avérer contre-productif lorsque les moyens de les mettre en œuvre font défaut. L'impossibilité d'exécution peut être pratique (p.ex. insuffisance de moyens policiers ou judiciaires), mais elle peut aussi être liée à l'absence de sanction effectivement contraignante. Une obligation dont on ne peut assurer le respect devient une arme « symbolique » à double tranchant.¹⁴² Elle peut miner les campagnes visant l'adhésion volontaire à la mesure et la confiance en l'autorité et en ses prescriptions ; de plus, elle risque de rendre la mesure inapte à atteindre son objectif, et donc disproportionnée. L'impact de la sanction sur la proportionnalité d'une mesure joue donc dans les deux sens.

[105] L'arrêt *Vavříčka* offre peu de points de repère à cet égard. En effet, la Cour ne s'est penchée que de manière relativement sommaire sur la proportionnalité des sanctions en cas de refus de vaccination. Concernant l'amende, elle a insisté sur le fait que le montant fixé n'était pas excessivement sévère compte tenu du contexte (le requérant alléguait que l'amende correspondait à plus de la moitié d'un salaire mensuel minimum en République tchèque),¹⁴³ et par ailleurs ne pouvait être imposé qu'à une seule reprise. S'agissant de l'exclusion des enfants de l'école maternelle, la Cour a souligné que l'atteinte était limitée en portée et dans le temps, car le refus de vaccination n'avait pas d'incidence sur l'admission à l'école obligatoire. D'ailleurs, tous les requérants avaient préféré assumer les conséquences de leur refus plutôt que de se soumettre à la vaccination. L'arrêt a donc pu laisser ouverte la question de l'admissibilité de sanctions plus incisives.

[106] Même si la Cour ne l'affirme pas explicitement, l'arrêt laisse entendre que les sanctions encourues ne doivent pas être de nature à annihiler *de facto* la liberté de la personne de refuser l'acte de la vaccination. Cela découle également de l'importance accordée par la Cour à l'absence de vaccination par la contrainte. En d'autres termes, la personne doit conserver une possibilité raisonnable de se soustraire à l'obligation. Dans ces conditions, peut-on réellement encore parler d'obligation légale sous peine de sanctions, ou, notamment dans le cas de l'amende, est-on plutôt face à une simple incitation financière – par économie du montant de l'amende – à la vaccination ? La frontière entre incitation négative (pour un enfant, p.ex., obligation d'un entretien avec la direction scolaire, risque d'exclusion de l'école en cas de foyer d'infection) et obligation soumise à sanction est en effet mince.¹⁴⁴

[107] On peut donc se demander si le régime actuellement en vigueur en Suisse, sans consacrer une obligation formelle soumise à sanction, ne se rapproche pas en pratique du type de régime obligatoire que la Cour jugerait admissible. Comme évoqué (cf. 3.B. supra), ne pas se faire vacciner contre la COVID-19 en Suisse entraîne déjà un certain nombre de conséquences défavorables pour la personne concernée. En particulier, celle-ci est « pénalisée » dans les domaines suivants :

- Obligation de quarantaine en cas de situation de cas-contact ;

¹⁴² CHRISTOPH WINZELER, *Variationen der Verhältnismässigkeit im Rechtsstaat – Symbolische Gesetzgebung?* SJZ 106/2010, pp. 181–189.

¹⁴³ Arrêt *Vavříčka*, § 162.

¹⁴⁴ LORENZ LANGER, *Impfung und Impfwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (ZSR) 2017 : 87-114.

- Obligation de se soumettre à des tests pour entrer dans les manifestations exigeant un certificat COVID de par la loi ou imposé par l'organisateur dans le respect des ordonnances fédérales ;
- Obligation de se soumettre à des tests et/ou quarantaines pour l'entrée en Suisse, en preuve notamment de pays ou régions classifiés à risque ;
- Pour les personnes vulnérables, perte de leur statut de personnes vulnérables dans le cadre de leur travail, nonobstant la persistance de leur vulnérabilité.

[108] Seules les grandes manifestations et les discothèques sont soumises de par la loi à une obligation de certificat COVID, mais les organisateurs privés ont une forte incitation à imposer également le certificat COVID, qui permet d'alléger les conditions d'organisation. Le certificat COVID suppose soit de pouvoir attester de son statut de vacciné ou de « guéri » d'une infection, soit d'effectuer un test dans les heures précédant l'activité en question. Les coûts des tests rapides antigéniques sont pris en charge par la Confédération, quel que soit le motif de test, y compris pour des raisons purement récréatives et en l'absence de symptômes. En revanche, les coûts des tests PCR sans symptômes – notamment pour des voyages – doivent être assumés par les voyageurs. Les tests rapides antigéniques étant suffisants pour la délivrance d'un certificat COVID au niveau domestique, les non-vaccinés peuvent donc accéder aux mêmes prestations que les vaccinés sans surcoût, mais néanmoins pas sans l'inconvénient de devoir se soumettre systématiquement à un prélèvement nasopharyngé. Or, même si ce prélèvement présente des risques limités pour l'intégrité physique, il n'est pas entièrement anodin et reste un acte médical qui doit être effectué par un professionnel. Les premières expériences montrent en outre une saturation des capacités de test, ce qui pourrait conduire *de facto* à l'exclusion des personnes non vaccinées des activités en question en cas de pénurie.¹⁴⁵ L'obligation de se soumettre à un test, tout comme l'obligation de mise en quarantaine en tant que cas-contact, ont également des coûts indirects, notamment en termes de pertes de gain et de frais supplémentaires (transports, frais de garde d'enfants, etc.).

[109] Paradoxalement, les répercussions les plus drastiques du refus de vaccination touchent les personnes vulnérables : dès le 26 juin 2021, ne peuvent prétendre au statut de « personne vulnérable » – femmes enceintes exceptées – que les personnes qui bénéficient d'une exemption médicale de vaccination.¹⁴⁶ Ces personnes n'ont donc d'autre choix que d'accepter la vaccination ou de se voir refuser le bénéfice des mesures supplémentaires de protection auxquelles leur vulnérabilité lui donnait droit. Un refus de vaccination condamne cette catégorie de personnes à une mise en danger accrue de leur santé dans le cadre du travail, puisqu'elles restent bien évidemment médicalement vulnérables, même si ce statut leur est refusé sur le plan juridique.¹⁴⁷ Il est surprenant que dans le contexte de dénonciation de « discriminations » envers les personnes non-vaccinées, cette problématique n'ait semble-t-il pas été évoquée.

[110] En effet, les mesures favorisant, directement ou indirectement, les vaccinés – ou défavorisant les non-vaccinés – ont en effet fait l'objet de campagnes récentes comme entraînant des « discriminations » inacceptables.¹⁴⁸ S'il est politiquement porteur, le terme de discrimination est

¹⁴⁵ Avant le départ en vacances, le passage par le test Covid reste de mise – rts.ch – Info (consulté 11 juillet 2021).

¹⁴⁶ Et, cumulativement, qui n'ont pas été infectées dans les 6 derniers mois.

¹⁴⁷ A ce sujet, cf. PIERRE MARTIN-ACHARD/MARJOLAINE VIRET, La « personne vulnérable » et le rôle du médecin traitant, *Rev Med Suisse* 2021 ; 17 : 1326-9.

¹⁴⁸ SVP Schweiz – Berset übersteuert Kantone – Kein Impfwang durch die Hintertür (consulté 11 juillet 2020).

toutefois juridiquement douteux. L'interdiction de discrimination telle que protégée par l'art. 8 al. 2 Cst. vise certaines caractéristiques qui sont intrinsèquement liées à la personne et ne peuvent être modifiées ou dont la modification ne peut raisonnablement être exigée.¹⁴⁹ On peut douter que le statut vaccinal en tant que tel en fasse partie, même si la question a été laissée ouverte sous l'angle de l'objection de conscience dans l'arrêt *Vavrička*, où il serait éventuellement dans certains cas lié de manière indissociable à des « *convictions religieuses, philosophiques ou politiques* » au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. Dans tous les autres cas, des différenciations de traitement entre vaccinés et non-vaccinés ne pourraient être examinées que sous l'angle de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.), qui est interprétée de manière relative par le Tribunal fédéral, dans le sens que des différenciations fondées sur des motifs objectifs et pertinents sont tout à fait admissibles, et peuvent même être exigées.¹⁵⁰

[111] La question n'est donc pas tant de savoir s'il y a discrimination, mais si les distinctions opérées par la loi entre vaccinés et non-vaccinés sont justifiées au vu des connaissances actuelles et des impératifs de santé publique. Rappelons ici que le recours à des instruments juridiques non contraignants ne permet en tout état de cause pas de se dispenser de l'examen de proportionnalité. La proportionnalité demeure pertinente en vertu de l'art. 5 Cst. qui vise toute action étatique, même si le contrôle judiciaire sera dès lors limité à l'arbitraire. Le Message du Conseil fédéral sur la LEp souligne que « [l]es conditions de recevabilité des **recommandations** relèvent du **principe de proportionnalité**, qui limite les atteintes (potentielles) aux droits fondamentaux au minimum nécessaire et exigible » (nous soulignons).¹⁵¹ Les critères énoncés par la Cour et examinés à la Section 2 resteraient donc ici aussi pertinents.

[112] On se trouve au final face à un véritable dilemme sur la place de l'individu – ou sur l'équilibre entre individualisme et collectif – dans la société. Ce dilemme dépasse largement l'analyse juridique. La Cour considère la vaccination comme une obligation relevant de la solidarité sociale. En Suisse, l'art. 36 al. 2 Cst. consacre expressément la protection de droits d'autrui comme pouvant motiver, au-delà de l'intérêt général, l'atteinte à un droit fondamental. L'art. 6 Cst. crée par ailleurs un lien entre responsabilité individuelle et responsabilité sociale : « *Toute personne est responsable d'elle-même et contribue selon ses forces à l'accomplissement des tâches de l'État et de la société* ». Dans le cadre de l'aide sociale, le Tribunal fédéral a interprété ce principe comme « *l'expression de l'obligation de responsabilité partagée et de solidarité envers la communauté* ». ¹⁵² Le préambule de la Constitution fédérale énonce également que « *la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres.* » L'argument de solidarité sociale évoqué par la Cour trouve donc également un fondement en droit constitutionnel suisse. Alors que les autorités suisses ont martelé depuis le début de la pandémie l'appel à la « responsabilité individuelle », ¹⁵³

¹⁴⁹ BERNHARD WALDMANN, in : Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (edit.), BK-Bundesverfassung, ad Art. 8, n° 65.

¹⁵⁰ WALDMANN (nbp. 149), n° 30.

¹⁵¹ Message LEp 2010, pp. 348/349.

¹⁵² ATF 141 I 153, c. 4.2.

¹⁵³ Cf. p.ex. Communiqué de presse de l'OFSP du 30 juillet 2020 : « Depuis l'assouplissement généralisé des mesures visant à protéger la population contre le nouveau coronavirus, la responsabilité individuelle revêt une importance cruciale », <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-79951.html> (consulté le 16 juillet 2021); FAQ de l'OFSP du 1^{er} juillet 2020 concernant le port obligatoire du masque dans les transports publics, <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/62029.pdf> (consulté le 16 juillet 2021).

il s'agit bien plutôt dans le cadre d'une maladie transmissible d'une responsabilité de chacun pour tous les autres et pour le collectif.¹⁵⁴

[113] Le Tribunal fédéral a d'ailleurs relevé dans son arrêt précité du 8 juin 2020 que l'acceptation personnelle du risque, que revendiquait la recourante non-vaccinée, ne fonctionnait qu'en raison du très haut degré de protection vaccinale présent dans la population en matière de rougeole.¹⁵⁵ La problématique des *Trittbrettfahrer* – qui bénéficient de l'immunisation des autres sans en supporter eux-mêmes le risque minime – est en effet particulièrement délicate dans la pesée des intérêts entourant la vaccination,¹⁵⁶ puisque l'argument selon lequel l'intérêt à la vaccination n'est pas prépondérant en raison de l'incidence basse d'une maladie ne vaut que jusqu'à ce que la couverture vaccinale tombe en-dessous d'un certain seuil. Chaque refus de vaccination sans motif médical œuvre donc en direction d'une situation où un refus représentera une véritable mise en danger d'autrui.

[114] Si la protection des droits des non-vaccinés est importante, elle ne doit pas conduire à négliger celle, toute aussi légitime, des vaccinés ou des personnes ne pouvant se faire vacciner. A cet égard, le Tribunal fédéral a considéré, au sujet de l'exclusion scolaire, que ne pouvait être invoquée comme alternative valable sous l'angle de la nécessité l'idée, proposée par la recourante, que des personnes vulnérables ne pouvant être vaccinées pour raison médicale se soumettent à un traitement d'immunoglobuline en cas de risque d'exposition. Les juges ont rappelé à cette occasion que le principe de proportionnalité ne permet pas de créer une base *ad hoc* pour des atteintes à des droits fondamentaux de tiers.¹⁵⁷ Les non-vaccinés ne pourraient donc exiger, sous couvert de la proportionnalité, que d'autres tolèrent des atteintes à leurs droits fondamentaux pour leur éviter l'acte de vaccination. Ce débat pourrait devenir central dès l'automne 2021, si des mesures sanitaires touchant l'ensemble de la population devaient être réintroduites en raison d'une nouvelle vague ou si une surcharge des hôpitaux par des infections chez les non-vaccinés devaient conduire à des pénuries de soins pour les personnes vaccinées souffrant d'autres pathologies.

Conclusion

[115] Face à la pandémie de COVID-19, chaque Etat est ainsi appelé à déterminer, selon sa culture et sa sensibilité, le prix à payer pour obtenir une couverture vaccinale suffisante. En Suisse, une obligation de vaccination générale n'est à l'heure actuelle pas envisageable faute de base légale, de sorte qu'il conviendrait de se contenter d'une combinaison entre obligations spécifiques – p.ex. dans certaines catégories professionnelles – et renforcement des incitations à la vaccination.

[116] Notre analyse montre cependant que l'introduction d'obligations de vaccination COVID-19 en Suisse paraît compatible avec les garanties de la CEDH et les droits constitutionnels. Une autre question est de savoir si une telle obligation serait judicieuse, surtout au vu de la tradition suisse non-contraignante en matière de vaccination, et des résistances qu'elle pourrait susci-

¹⁵⁴ THOMAS ABEL, Education à la santé et coresponsabilité, in : Fiorenza Gamba/Marco Nardone/Toni Ricciardi/Sandro Cattacin (edit.), COVID-19, Le regard des sciences sociales, Genève/Zurich 2020, pp 293–301, parle de « *responsabilité pour le bien commun* », mais propose d'utiliser plutôt la notion de « *coresponsabilité* » ou « *responsabilité partagée* » dans la communication avec le public.

¹⁵⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_395/2019 du 8 juin 2020, c. 3.4.

¹⁵⁶ LANGER (nbp. 144), p. 110.

¹⁵⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_395/2019 du 8 juin 2020, c. 3.4.

ter. Au final, beaucoup dépendrait des sanctions qu'on serait disposé à imposer en cas de refus de vaccination. Une obligation dont on ne se donnerait pas les moyens d'assurer le respect pourrait s'avérer moins efficace que des incitations bien réfléchies. Une combinaison d'instruments juridiques contraignants et non-contraignants – associant campagnes d'information, obligations très ciblées soumises à sanction et incitations sous forme d'avantages dans la participation à la vie sociale accordés aux vaccinés dans la population générale – pourrait s'avérer plus efficace pour répondre aux exigences de la pandémie de COVID-19.

[117] Dans sa typologie des modèles de prévention en santé publique (modèle magico-religieux, modèle de la contrainte profane, modèle pastorien et modèle contractuel),¹⁵⁸ DOZON reconnaît la nécessité d'une forme de « pluralisme préventif » pouvant prendre des formes hétéroclites à l'ère moderne.¹⁵⁹ Ce pluralisme pourrait, dans le cas de la COVID-19, signifier un recours à la fois à la responsabilité individuelle (ou pour le collectif) selon le modèle « contractuel », à des instruments obligatoires répondant à la logique de la « contrainte profane », et à des instruments intermédiaires d'incitation.

[118] Par exemple, tout comme les vaccinés n'ont désormais plus accès aux autotests gratuits, on pourrait envisager également en Suisse d'imposer aux non-vaccinés la prise en charge des coûts d'un test rapide, s'ils souhaitent participer aux activités exigeant un certificat COVID,¹⁶⁰ et étendre le champ de ces activités sans bien entendu inclure des services essentiels. Rendre les tests payants pourrait toutefois également être perçu comme problématique, puisque la possibilité réelle de refuser la vaccination devient alors dépendante de la capacité financière de l'individu. Une option plus incisive, mais sans doute plus égalitaire, serait de restreindre le certificat COVID aux seuls vaccinés (ou bénéficiant d'une dispense médicale)¹⁶¹. On pourrait également envisager, comme c'est le cas en Italie et désormais en France, de véritables sanctions – privées ou publiques – pouvant aller jusqu'à l'interdiction pour les personnes non-vaccinées d'exercer l'activité professionnelles en contact étroit avec des personnes, ou certaines personnes. Des initiatives privées vont déjà dans ce sens en Suisse.¹⁶² A notre sens, à partir du moment où le champ de l'obligation a été réduit au minimum et que l'obligation est considérée comme justifiée en tant que telle, les seules sanctions utiles sont celles qui auront réellement pour effet de la faire respecter.

FRÉDÉRIC BERNARD, Professeur de droit public à l'Université de Genève.

MARJOLAINE VIRET, Docteure en droit, avocate au barreau de Genève.

¹⁵⁸ JEAN-PIERRE DOZON, Quatre modèles de prévention, in : Jean-Pierre Dozon/Didier Fassin (edit.), Critique de la santé publique – Une approche anthropologique, Balland, pp. 23–45.

¹⁵⁹ JEAN-PIERRE DOZON (nbp. 158), p. 25 : « La prévention d'aujourd'hui offre bien plutôt l'aspect d'un monde culturellement hétéroclite où interviennent divers modèles d'anticipation et de maîtrise des dangers ou des malheurs, susceptibles, par ailleurs et selon les cas, d'interférer ou de s'opposer entre eux ».

¹⁶⁰ Cf., en France, Avis du Conseil scientifique du 6 juillet 2021, p. 21 ; le Conseiller fédéral A. Berset a déclaré ne pas exclure cette option, mais ne pas la juger judicieuse tant que la campagne de vaccination sera en cours Alain Berset n'exclut pas de faire payer les tests à ceux qui refusent la vaccination – rts.ch – Suisse (consulté le 16 juillet 2021).

¹⁶¹ Voir les propos d'Antoine Flahault rapportés par CAROLINE ZUERCHER, Lutte contre le Covid : « Seul le pass vaccinal devrait désormais être utilisé », 24 heures, 11 juillet 2021 : « *Le pass sanitaire est une fausse sécurité pour son usager qui n'est en rien protégé contre l'infection lorsqu'il n'a qu'une PCR négative et n'est pas vacciné. Certes, une PCR négative diminue le risque qu'il soit contaminé et contagieux mais pas celui qu'il se fasse contaminer et revienne chez lui infecté. Seul le pass vaccinal devrait désormais être utilisé.* »

¹⁶² Un futur centre médical neuchâtelois va imposer la vaccination à son personnel – rts.ch – Info (consulté le 16 juillet 2021).