



Bases juridiques relatives à l'obligation de vaccination – partie 1

Obligation de vaccination: le cadre juridique

Iris Herzog-Zwitter

Dre iur., division Service juridique de la FMH

Une obligation de vaccination est-elle licite du point de vue juridique, et si oui, dans quelles circonstances? L'article suivant analyse ces questions. L'autrice indique comment la Cour européenne des droits de l'homme apprécie ce thème, présente les bases de la législation suisse et étudie l'obligation de vaccination du point de vue du droit du travail.

La pandémie et le thème de l'«obligation de vaccination» n'occupent pas seulement la politique, la médecine et la doctrine juridique, mais aussi de plus en plus les tribunaux. A l'heure actuelle, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) s'est prononcée sur l'obligation de vaccination en lien avec l'art. 8 CEDH intitulé «Droit au respect de la vie privée et familiale». Le 8 avril 2021, elle a décidé, à une majorité de 16 voix contre une, dans le cas «VAVŘIČKA et autres/République tchèque», qu'une obligation de vaccination visant la protection contre des maladies dangereuses est conforme aux droits humains. L'ordonnance tchèque sur l'obligation de vaccination, qui prévoit notamment

une obligation de vaccination des enfants, était au centre de cette procédure. Toute personne qui enfreint ces dispositions est sanctionnée par une amende et, pour ce motif, une place à l'école enfantine peut lui être refusée [1].

Nous reproduisons ci-après deux extraits de cet arrêt de presque 100 pages desquels ressortent des réflexions fondamentales de la CEDH:

«Pour ce qui est de l'efficacité de la vaccination, la Cour renvoie là encore au consensus général existant au sujet de l'importance vitale de ce moyen de protéger la population contre des maladies susceptibles d'avoir de lourdes conséquences pour la santé

de l'individu et, en cas de graves poussées épidémiques, de perturber la société [...] La Cour admet que l'exclusion des requérants de l'école enfantine a impliqué pour ces jeunes enfants 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. Cette 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 [...] De plus, la possibilité de fréquenter l'école maternelle pour les enfants qui, pour des raisons médicales, ne peuvent pas être vaccinés dépend de l'existence parmi les autres enfants d'un taux très élevé de vaccination contre les maladies contagieuses. Pour la Cour, on ne saurait estimer disproportionné le fait qu'un Etat 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. Aux yeux de la Cour, il était valablement et légitimement loisible au législateur tchèque d'opérer ce choix, qui est pleinement compatible avec les raisons qui sous-tendent la protection de la santé de la population. L'existence théorique de moyens moins intrusifs qui, selon les requérants, permettent d'atteindre cet objectif ne change rien à cette conclusion.»

On peut présumer que l'arrêt VAVŘIČKA aura un impact sur le débat politico-social et juridique actuel portant sur le thème de l'obligation de vaccination, également en Suisse. A ce titre, un arrêt de principe du Tribunal fédéral du 8 juillet 2021 cite l'arrêt VAVŘIČKA en lien avec la proportionnalité des mesures visant à empêcher la propagation de maladies transmissibles au sein de la population ou de groupes déterminés de personnes [2].

Constitution fédérale

En vertu de l'art. 118 de la Constitution fédérale (Cst.), la Confédération est tenue de légiférer notamment sur la lutte contre les maladies transmissibles très répandues. La teneur de l'art. 118 Cst. est la suivante:

¹ Dans les limites de ses compétences, la Confédération prend des mesures afin de protéger la santé.

² Elle légifère sur:

- a. l'utilisation des denrées alimentaires ainsi que des agents thérapeutiques, des stupéfiants, des organismes, des produits chimiques et des objets qui peuvent présenter un danger pour la santé;
- b. la lutte contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses des êtres humains et des animaux;
- c. la protection contre les rayons ionisants.

Loi fédérale sur les épidémies

L'adoption de la Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp) repose sur l'art. 118, al. 2, Cst. Cette loi a pour but de prévenir et de lutter contre l'apparition et la propagation de maladies transmissibles [3]. Elle prévoit le principe fondamental de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons. La Confédération exerce la haute surveillance sur l'exécution de la LEp et coordonne, si nécessaire, les mesures cantonales.

La LEp a été complétée par le Conseil fédéral par l'Ordonnance sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Ordonnance sur les épidémies, OEp) [4] et par l'Ordonnance sur les laboratoires microbiologiques. Il existe en outre une Ordonnance du DFI sur la déclaration d'observations en rapport avec les maladies transmissibles de l'homme.

Loi fédérale Covid-19

Cette loi règle les compétences particulières du Conseil fédéral ayant pour but de lutter contre l'épidémie du Covid-19 et de surmonter les effets des mesures contre le Covid-19 sur la société, l'économie et les autorités.

«Le projet de loi rassemble des mesures relevant de nombreux domaines. Il existe entre elles une étroite connexion matérielle, si bien que le principe de l'unité de la matière est respecté. Le projet est conçu comme un ensemble homogène de mesures qui ont déjà été ordonnées et qui sont encore nécessaires pour surmonter l'épidémie de COVID-19. Ces mesures, primaires ou secondaires, servent le même but et règlent de manière similaire comment le Conseil fédéral peut temporairement déroger aux dispositions légales ordinaires pour surmonter l'épidémie et ses conséquences» [5].

Compétence cantonale

Conformément à l'art. 22 LEp intitulé «Vaccinations obligatoires», les cantons sont compétents en la matière dans la mesure où ces derniers 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.

En vertu de l'art. 38 «Vaccinations obligatoires» de l'OE_p, les autorités cantonales compétentes sont tenues de procéder à un examen pour déterminer s'il existe un danger sérieux au sens de l'art. 22 LE_p. Dans ce contexte, les critères énumérés ci-après jouent un rôle important:

- le degré de gravité d'une éventuelle maladie et son risque de propagation,
- la menace pour les personnes particulièrement vulnérables,
- la situation épidémiologique au niveau cantonal, national et international en concertation avec l'OFSP,
- l'efficacité attendue d'une éventuelle obligation de vaccination et
- la pertinence et l'efficacité d'autres mesures pour enrayer le risque sanitaire et leur efficacité.

L'art. 38, al. 2, OE_p précise plus loin qu'«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».

Sur le plan temporel, cette obligation doit avoir une durée limitée; en outre, elle ne peut pas être exécutée par contrainte physique.

Compétence fédérale

L'art. 6, al. 2, let. d, LE_p, cité ci-après, est une disposition clef. En présence d'une *situation particulière* et après avoir consulté les cantons, le Conseil fédéral peut prévoir une vaccination obligatoire pour les groupes de personnes vulnérables, les personnes particulièrement exposées et les personnes exerçant certaines activités.

Art. 6, al. 2, LE_p

² Le Conseil fédéral peut, après avoir consulté les cantons:

- a. ordonner des mesures visant des individus;
- b. ordonner des mesures visant la population;
- c. astreindre les médecins et d'autres professionnels de la santé à participer à la lutte contre les maladies transmissibles;
- d. déclarer obligatoires des vaccinations pour les groupes de population en danger, les personnes particulièrement exposées et les personnes exerçant certaines activités.

En revanche, la Loi Covid-19 ne donne *aucune base légale* qui, dans la situation particulière actuelle, permettrait au Conseil fédéral d'ordonner directement ou indirectement des obligations de vaccinations *qui iraient au-delà* de ce que prescrit l'art. 6, al. 2, let. d, LE_p [6].

De plus, conformément à l'art. 7 LE_p «Situation extraordinaire», le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays si une *situation extraordinaire* l'exige. L'application de cet article est pertinente lorsqu'une maladie transmissible qui représente une sérieuse menace pour la santé publique survient de manière soudaine et imprévisible.

Principe de proportionnalité

Les droits fondamentaux ne peuvent être restreints sans base légale [7]. Ces restrictions doivent être justifiées par un intérêt public ou par la protection de droits fondamentaux de tiers, et elles doivent respecter le principe de proportionnalité [8]. A propos de l'obligation de vaccination, on ne peut répondre à la question de savoir si des intérêts publics justifient une restriction des droits fondamentaux qu'en se fondant sur des connaissances médico-épidémiologiques spécialisées. Selon le Tribunal fédéral, il y a lieu de compenser une imprécision de la loi par le principe de proportionnalité. Dès lors, de l'avis du Tribunal fédéral, le principe de proportionnalité revêt une «importance particulière pour concrétiser de manière harmonisée des principes constitutionnels qui sont en conflit, p. ex. un

conflit entre la protection de la vie et de la santé d'une part, et les restrictions aux droits fondamentaux décrites à cette fin d'autre part» [9]. Et selon les juges du Tribunal fédéral, il y a lieu de contrôler la proportionnalité de manière d'autant plus stricte «là où l'imprécision des règles de droit entraîne une perte de la sécurité du droit».

Vaccination obligatoire, vaccination forcée

Dans la doctrine juridique, on distingue entre la vaccination obligatoire et la vaccination forcée [10]. Pour l'obligation de vaccination en cas de situation particulière ou extraordinaire, il existe des bases légales qui doivent être appliquées sous réserve du respect du principe de proportionnalité. En revanche, la LEp ne contient aucune base légale qui justifierait de forcer quelqu'un à se faire vacciner. Cela découle de l'art. 32 LEp qui énumère de manière exhaustive les mesures qui peuvent être imposées et exécutées par voie de contrainte.

La vaccination obligatoire du point de vue du droit du travail [11]

Selon les auteurs Sturny et Zendeli, un employeur doit justifier la vaccination obligatoire «par l'activité de l'entreprise, et il ne doit pas exister de mesures de protection moins strictes (p. ex. port de certains vêtements, port de masques, etc.) qui conduiraient au même résultat» [12]. Pour Hug et Pärli, il manque aussi bien une clarification qu'une analyse scientifique de cette restriction contractuelle pour pouvoir porter une appréciation définitive sur la question d'introduire une obligation de vaccination relevant du droit privé dans le contrat de travail [13]. Les intérêts entre la protection des patients et l'atteinte à l'intégrité physique, p. ex. du personnel de santé, doivent être pesés à l'aune du principe de la proportionnalité.

Le contrat de travail offrirait en principe la possibilité de convenir d'une obligation de vaccination contre le Co-

vid-19 avec les personnes employées dans des établissements de soins relevant du droit privé. Dans ce cas, une non-vaccination représenterait une violation du contrat, que les employeurs pourraient sanctionner, y compris par des mesures pouvant aller jusqu'au licenciement.

Crédits photo

Ivan Diaz / Unsplash
Spencer Davis / Unsplash

Références

- 1 Die Impfpflicht ist menschenrechtskonform, dans la NZZ n° 89, 19.4.2021, p. 19; Richter billigen Impfblogatorium in Tschechien (dans: aerztezeitung.de); VAVŘIČKA AND OTHERS v. THE CZECH REPUBLIC (coe.int) (dernier accès le 6/10/2021).
- 2 Arrêt (du Tribunal fédéral) 2C_941/2020 du 8 juillet 2021, consid. 3.2.3, prévu pour publication.
- 3 Art. 2, al. 1, LEp.
- 4 L'Ordonnance fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Ordonnance sur les épidémies, OEp) réglemente notamment la surveillance, la prévention et la lutte contre les maladies transmissibles.
- 5 Message concernant la Loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de Covid-19 (Loi sur le Covid-19), FF 2020 6563 6621; www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/1669/fr
- 6 «La possibilité de déclarer obligatoire des vaccinations pour les groupes à risques, les personnes particulièrement exposées, et les personnes exerçant certaines activités (p. ex. travail dans certains services des hôpitaux ou dans des homes pour personnes âgées) découle de la loi sur les épidémies en vigueur (art. 6, al. 2, let. d, LEp). La loi Covid-19 prévue ne contient aucune base légale à ce sujet. Il ne faut pas confondre vaccination obligatoire et vaccination forcée. Il n'existe pas de base légale qui permettrait de vacciner quelqu'un sous la contrainte et il n'est pas prévu d'en créer une dans la loi COVID-19 ou un autre acte.» (Message concernant la Loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de Covid-19 [Loi Covid-19] FF 2020 6563 6581 [www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/1669/fr]); Kaspar Gerber, Drei Leiturteile des Bundesgerichts zu kantonalen Coronamassnahmen, dans Jusletter, 16 août 2021, note 96, avec d'autres renvois.
- 7 Art. 36, al. 1, Cst.
- 8 Art. 36, al. 2 et 3, Cst.
- 9 Arrêt (du Tribunal fédéral) 2C_941/2020 du 8 juillet 2021, consid. 3.2.3, prévu pour publication.
- 10 Vokinger KN, Rohner N. Impfblogatorium und Impfwang – eine staatsrechtliche Würdigung, dans «recht 2020/droit 2020», pp. 257ss.
- 11 Szucs TD, Drack SF. Covid-19-Impfblogatorium, Möglichkeiten und Haftung von privatrechtlichen Arbeitgebern von Gesundheitspersonal, dans Jusletter, 14 juin 2021.
- 12 Sturny T, Zendeli D. Gesetzgebung und Rechtsprechung, Recht relevant für Verwaltungsräte (RR-VR), 2/2021, p. 11.
- 13 Hug J, Pärli K. Impfwang in Gesundheitsbetrieben des Privatrechts, dans Pfliegerrecht. 2013;3:165–73.