

Paris, le 4 janvier 2022

Avis du Défenseur des droits n°22-01

La Défenseure des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Sur le projet de loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique,

Emet l'avis ci-joint.

La Défenseure des droits,

Claire HÉDON

Le Parlement étant amené une nouvelle fois à se prononcer dans l'urgence sur un projet de loi comportant des mesures de gestion de la crise sanitaire, la Défenseure des droits souhaite dans ce délai contraint, rappeler un certain nombre de points d'inquiétudes déjà formulés dans ses précédents avis¹ et en formuler de nouveaux.

Comme elle a déjà eu l'occasion de le constater, la situation de crise exceptionnelle liée à la pandémie de covid-19 appelle des mesures exceptionnelles. Néanmoins, les mesures susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes doivent se conformer au principe de légalité, et pour cela s'avérer strictement nécessaires, proportionnées et adaptées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Elles doivent en outre être suffisamment lisibles, précises et entourées de garanties pour assurer une protection contre les risques d'abus et d'arbitraire.

Ainsi, les restrictions apportées aux droits et libertés doivent être strictement limitées et proportionnées à l'objectif poursuivi, à savoir la protection de la santé publique et la lutte contre la pandémie de covid-19. Le Conseil d'Etat l'a aussi rappelé. L'équilibre entre la protection de la santé publique et la préservation des droits et libertés de chacun doit être systématiquement recherché.

Dans ses précédents avis, la Défenseure des droits s'interrogeait sur le caractère proportionné des restrictions d'accès aux transports publics et à de nombreux biens et services pour les personnes non vaccinées, certaines en situation de précarité, et dont les droits pourraient être considérablement réduits. Elle s'inquiétait également de la mise en place de procédures de contrôle généralisé de la situation des personnes au regard de la covid-19 et donc potentiellement de l'identité, désormais dévolues à des personnes privées, ainsi que des sanctions prévues dans ce cadre.

Ces inquiétudes se trouvent largement confortées par le nouveau projet de loi.

Le risque pointé précédemment de voir des mesures d'exception s'inscrire dans la durée est avéré puisque le texte prolonge dans le temps, en les renforçant, des mesures particulièrement restrictives de libertés.

C'est le cas en particulier de la substitution au passe sanitaire d'un passe vaccinal pour de nombreuses activités de la vie quotidienne : activités de loisirs, restaurants et débits de boisson, foires, séminaires et salons professionnels ou encore transports interrégionaux.

Ce projet de loi vient confirmer les craintes précédemment exprimées par la Défenseure des droits en accentuant encore un peu plus le rétrécissement progressif de nos libertés et en prévoyant une obligation vaccinale déguisée, sans que l'efficacité de ces nouvelles mesures censées freiner la propagation de l'épidémie ne soit clairement établie.

Tout en reconnaissant l'importance considérable de la vaccination dans la lutte contre la pandémie, la Défenseure des droits souhaite en particulier alerter et faire des observations sur les cinq points suivants.

¹ [Avis n° 20-10 du 3 décembre 2020](#) ; [Avis n° 21-06 du 17 mai 2021](#) ; [Avis n° 21-11 du 20 juillet 2021](#).

1. Sur la nécessité et la proportionnalité de l'imposition d'un passe vaccinal

La Défenseure des droits invite les parlementaires désormais saisis du projet de loi à s'interroger sur la nécessité et la proportionnalité de l'imposition du passe vaccinal à la lumière des données et connaissances disponibles à ce jour. S'il est établi que la vaccination protège de façon très significative contre les formes graves de la maladie, son efficacité contre la contagiosité des personnes vaccinées mais infectées semble en revanche plus réduite. En novembre dernier, l'Organisation mondiale de la santé indiquait que le variant Delta très contagieux, a réduit à 40% l'efficacité des vaccins contre la transmission du covid-19 et appelait la population à continuer de porter des masques et de respecter les autres mesures barrières.² Dans son avis du 26 décembre 2021, le Conseil d'Etat indiquait également que « *les données disponibles font état d'une moindre protection par la vaccination actuellement pratiquée et, partant, d'un risque d'infection ou de réinfection en dépit d'une vaccination (...)* ». Le Gouvernement semble également reconnaître cette moindre efficacité et envisage à cet égard dans le projet de loi la possibilité d'exiger un « passe vaccinal renforcé », à savoir la présentation cumulée d'un justificatif de statut vaccinal et du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19.

La Défenseure des droits s'interroge donc en premier lieu sur la nécessité et la proportionnalité pour lutter contre la propagation du virus d'une transformation du passe sanitaire en passe vaccinal alors que rien ne permet d'établir qu'une personne vaccinée et non testée serait moins contagieuse qu'une personne non vaccinée disposant d'un test négatif.

Deuxièmement, à l'instar du Conseil d'Etat, la Défenseure des droits s'interroge sur la place du passe vaccinal dans la palette des pouvoirs de police sanitaire conférés au Gouvernement et la rigidité du choix opéré par ce dernier dans le projet de loi. L'éventail des outils sanitaires devrait au contraire permettre au Gouvernement de disposer de réponses graduées, proportionnées, aux différentes évolutions de la crise sanitaire, y compris moins intrusives, afin de concilier au mieux les objectifs constitutionnels et conventionnels que sont la protection de la santé publique et l'exercice des droits et libertés des citoyens. A cet égard, le Gouvernement dispose déjà de mesures sanitaires moins contraignantes qui permettent de concilier ces objectifs : le port de masques adaptés ainsi que le respect des gestes barrières, toujours en vigueur depuis le début de la crise sanitaire, l'application de jauges, la réalisation de tests, lesquels semblent toujours efficaces contre la transmission du virus...

Troisièmement, l'exigence de proportionnalité des mesures prises devrait conduire le législateur à encadrer celles-ci dans le temps et à fixer dans la loi les critères imposant au pouvoir exécutif de lever les restrictions aux libertés dont la seule justification est de faire face à une crise exceptionnelle.

Enfin, comme elle a eu l'occasion de l'écrire lors de précédents avis, la Défenseure des droits s'inquiète du renvoi au pouvoir réglementaire de l'adoption de mesures complémentaires contraignantes pour la population et restreignant l'exercice des libertés :

- la détermination des situations qui exigeraient un « passe vaccinal renforcé ». En effet, l'alinéa 13 de l'article 1^{er} du projet de loi prévoit qu'un décret déterminera, en fonction de l'appréciation de la situation sanitaire effectuée en application du même premier alinéa, les cas relevant du 2° du présent A dans lesquels l'intérêt de la santé publique nécessite d'exiger la présentation cumulée

² France Info, « Covid-19 : le variant Delta, très contagieux, a réduit à 40% l'efficacité des vaccins contre la transmission de la maladie, alerte l'OMS », 24 novembre 2021.

d'un justificatif de statut vaccinal et du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19.

- les conditions dans lesquelles, par exception, un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 peut se substituer au justificatif de statut vaccinal (alinéa 13) ;
- les conditions dans lesquelles un justificatif d'engagement dans un schéma vaccinal vaut justificatif de statut vaccinal pour l'application du 2° aux personnes qui interviennent dans les lieux, établissements, services ou événements concernés, pour la durée nécessaire à l'achèvement de ce schéma (alinéa 14).

Compte tenu des atteintes portées à l'exercice des droits et libertés, la Défenseure des droits estime qu'il appartient au seul législateur d'adopter ces mesures et de les encadrer. En vertu de la Constitution, il lui revient d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des droits et libertés et la protection de la santé publique. Il est également de sa responsabilité de garantir l'intelligibilité des mesures prévues afin de répondre aux exigences de prévisibilité de la loi et de sécurité juridique.

2. La prise en compte de la situation spécifique des mineurs

La Défenseure des droits reste particulièrement préoccupée par les mesures qui concernent et affectent directement la vie quotidienne des mineurs et l'exercice de leurs droits, déjà durement éprouvés depuis deux ans, avec en particulier des impacts lourds sur leur santé mentale comme elle l'a établi dans son dernier rapport relatif aux droits des enfants.

Ces mesures viennent en effet s'ajouter à celles qu'ils connaissent déjà depuis le début de la crise sanitaire en 2020. A l'instar de ce qui était prévu pour le passe sanitaire, le projet de loi prévoit l'obligation de passe vaccinal pour les mineurs de 12 à 18 ans pour l'exercice de certaines activités. Certaines dérogations sont prévues. S'agissant de l'accès aux sorties scolaires, un passe sanitaire peut être admis. S'agissant des transports longue distance interrégionaux, des « motifs impérieux d'ordre familial ou de santé » peuvent également permettre de déroger à cette obligation.

L'application de cette nouvelle mesure aux mineurs pose, de manière plus impérieuse encore que le passe sanitaire, la question de sa proportionnalité et de sa nécessité, déjà soulevée par la Défenseure des droits dans ses précédents avis. Là encore est en jeu l'exercice de droits essentiels pour les mineurs, comme l'accès aux loisirs et à la culture, dont la privation affectera durablement leur développement, mais aussi dans certains cas le respect de leur vie privée et familiale.

Ces restrictions imposent une évaluation stricte des risques et bénéfices individuels de la vaccination pour les mineurs de 12 à 18 ans. Outre les atteintes particulièrement fortes à leurs libertés, identiques à celles subies par les adultes, ces mineurs se trouvent dans une situation particulière qui justifie pour la Défenseure des droits, également Défenseure des enfants, leur exclusion du passe vaccinal pour au moins deux raisons.

Tout d'abord, les formes sévères affectant rarement les mineurs, l'argument consistant à justifier la transformation du passe sanitaire en passe vaccinal par la nécessité de limiter les risques de forme grave et d'alléger la pression sur le système hospitalier ne peut être valablement avancé pour ce qui les concerne.

Par ailleurs, les mineurs de 16 ans ne peuvent être vaccinés qu'avec accord de leurs parents. Ils pourront donc être privés de l'exercice de leur liberté pour une décision qui ne relève pas d'eux, voire

se trouver pris dans des conflits d'exercice de l'autorité parentale comme nous le constatons déjà aujourd'hui. Alors que la réalisation d'un test PCR offre aujourd'hui à l'enfant, en cas de désaccord de ses parents sur sa vaccination, une alternative pour lui permettre de conserver sa liberté d'aller et venir, de poursuivre ses activités de loisirs, etc., l'obligation d'un passe vaccinal le privera de cette possibilité, renforçant les tensions parentales autour de lui. Celles-ci pourront conduire à une augmentation des saisines des juges aux affaires familiales pour trancher le désaccord parental, procédures lourdes pour les familles, et chronophages pour la justice, ou, à défaut, empêcheront l'enfant de poursuivre des activités nécessaires à son développement. De même, les mineurs confiés à l'aide sociale à l'enfance se verront confrontés de manière plus intense aux potentiels désaccords entre leurs parents et le service éducatif au sujet de la vaccination, conduisant à la saisine du juge des enfants.

Enfin, les dispositions de l'article 1^{er} précisent que les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux au sein de l'un des territoires mentionnés au 1^o du présent A, sont soumis au passe vaccinal « *sauf motif impérieux d'ordre familial ou de santé, sous réserve de présenter le résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19. Le présent e n'est pas applicable en cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention du justificatif requis* ».

L'enjeu de cette disposition est fondamental pour les enfants dont les parents séparés vivent à plusieurs kilomètres l'un de l'autre. Que doit-on entendre par « *motif impérieux d'ordre familial* » ? Le projet de loi est silencieux à cet égard. Si l'un des parents est opposé à la vaccination de l'enfant, ce dernier pourrait en effet se voir privé du droit de rejoindre sur son temps d'hébergement, l'autre parent, à défaut de pouvoir emprunter un moyen de transport *ad hoc*. A défaut d'exclusion des mineurs de l'obligation de présenter un passe vaccinal, la Défenseure des droits considère donc indispensable que la loi prévoie que doit être entendu comme un motif impérieux d'ordre familial, le maintien des liens de l'enfant avec l'autre parent, une personne de sa famille, ou une personne référente pour lui.

3. La conciliation des mesures avec l'exercice d'une activité professionnelle et la recherche d'un emploi

La Défenseure des droits relève qu'avec ce projet de loi (article 1^{er}, alinéa 9), le passe vaccinal sera imposé pour les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux et qu'une dérogation sera prévue uniquement en cas de justification d'un motif impérieux d'ordre familial ou de santé. Dans ce cas, la présentation d'un résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19 sera demandée. En cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention du justificatif requis, ces dispositions ne s'appliqueront pas.

Outre le fait que le projet de loi reste silencieux sur ce qu'on entend par « *motif impérieux d'ordre familial ou de santé* » comme sur les justifications susceptibles d'être admises par les responsables chargées de contrôler les documents présentés, l'imposition de ce passe vaccinal pour l'accès à ces services porte directement atteinte à la liberté d'aller et venir, et potentiellement par ricochet à d'autres droits, tels que le droit au respect de la vie privée et familiale : le maintien des relations parents séparés-enfants, comme indiqué plus haut, ou encore l'exercice d'une activité professionnelle qui peut nécessiter des déplacements de longue distance. Or, de telles restrictions doivent s'avérer

nécessaires mais également proportionnées, notamment en prévoyant des mesures conciliant au mieux les objectifs recherchés, protection de la santé publique et exercice des droits et libertés.

En subordonnant l'accès aux transports publics interrégionaux à la présentation d'un passe vaccinal pour les personnes dont l'activité professionnelle ou la recherche d'emploi imposent des déplacements de longue distance, les dispositions du projet de loi semblent disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi. Une telle mesure pourrait en effet entraîner la perte d'un emploi ou l'impossibilité d'en trouver un. En outre, l'absence de dérogation à cette restriction pourrait aboutir à une discrimination à l'embauche fondée sur le lieu de résidence : un employeur pourrait souhaiter éviter embaucher un salarié d'une autre région susceptible de se voir refuser l'accès au train.

La Défenseure des droits est d'avis que le législateur devrait mieux concilier les objectifs recherchés en prenant en considération la situation personnelle et professionnelle des personnes et compléter la loi à cet égard. Par ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler que des mesures moins intrusives telles que le port d'un masque adapté (tel que FFP2) et le respect des gestes barrières, ainsi que l'application de jauges, dont l'efficacité a été démontrée, seraient de nature à atteindre les objectifs recherchés, la protection de la santé de la population et la maîtrise de la circulation du virus.

L'article 1^{er} (alinéa 12) du projet de loi prévoit également l'imposition du passe vaccinal pour les personnes « qui interviennent » dans des lieux fixés au 2^o du II A).

L'article 1^{er} de la loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire (repris par le protocole sanitaire en entreprise du 3 janvier 2022) prévoit que les salariés soumis au passe sanitaire et à l'obligation vaccinale ne fournissant pas les justificatifs demandés voient leur contrat de travail « *suspendu* », puis si la suspension se poursuit au-delà 3 jours, un entretien doit être organisé par l'employeur « *afin d'examiner avec la personne concernée, les moyens de régulariser sa situation, par exemple en lui proposant d'être affecté sur un autre poste ou de travailler à distance lorsque c'est possible.* ». Pendant cette suspension, les salariés ne perçoivent pas de rémunération. La crise sanitaire se prolongeant, les salariés sont et seront privés de salaire (mais aussi d'allocations chômage) pendant une longue période, avec des risques sociaux et humains qui devraient être pris en compte dans le contrôle de proportionnalité des mesures envisagées.

4. L'encadrement du dispositif de vérification du passe vaccinal et les risques de discrimination dans sa mise en œuvre

La Défenseure des droits constate que les dispositions du projet de loi permettront aux personnes chargées de contrôler les passes vaccinaux ou sanitaires de procéder à une « *vérification de concordance documentaire* » entre l'identité mentionnée sur le document présenté et un document officiel avec photographie (article 1^{er}, alinéa 16). Dans ce projet de loi, il est pris acte du fait qu'il s'agira d'une vérification « de concordance documentaire », qui doit se distinguer d'un contrôle d'identité au sens du code de procédure pénale.

La Défenseure des droits réitère ses inquiétudes concernant le choix de confier à des entreprises publiques et privées une forme de pouvoir de police quant au contrôle du passe vaccinal qui vise l'ensemble de la population qui souhaiterait accéder à un ensemble de biens et services et d'activités de la vie quotidienne.

Si l'objectif des dispositions est de lutter contre la fraude, d'une part, la Défenseure des droits n'est pas convaincue qu'un tel dispositif confié au libre arbitre de personnes privées non formées à cette fin permette de le poursuivre et soit efficace, d'autre part, elle est d'avis que ce contrôle devrait relever de la responsabilité des autorités publiques, notamment des forces de sécurité, compte tenu de l'objectif poursuivi et des risques inhérents à l'exercice d'une telle prérogative.³

La Défenseure des droits tient en outre à relever que de telles vérifications peuvent présenter le risque d'être opérées de manière discriminatoire, celles-ci n'étant pas systématiques mais effectuées à la discrétion de la personne en charge du contrôle (« *Il peut être procédé à la vérification (...)* »). Il faut rappeler à cet égard la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les contrôles d'identité : la mise en œuvre de ces contrôles confiés par la loi à des autorités de police judiciaire « *doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes* ». ⁴

A ces risques d'abus s'ajoute l'absence de formation des personnes chargées des vérifications pour gérer des situations de tensions et de conflits avec les clients et usagers.

Sur les dispositions du projet de loi, il convient également de clarifier ce qu'on entend par « *document officiel* ». Ce terme, assez vague, pourrait donner lieu à des interprétations et des applications différentes, eu égard au grand nombre de personnes susceptibles de procéder à ces vérifications et qui n'ont aucune connaissance, ni formation spécifique sur ce qu'est un document officiel, et qui pourraient solliciter systématiquement une carte nationale d'identité. Pour les contrôles d'identité, l'article 78-2 du code de procédure pénale prévoit que la personne contrôlée est invitée « *à justifier par tout moyen de son identité* ». La rédaction du projet de loi est donc très restrictive, et sujette à interprétation sur la nature du document demandé.

Dès lors, afin de prévenir des éventuelles discriminations, la Défenseure des droits est d'avis que le législateur devrait supprimer cette possibilité accordée aussi largement de vérifier l'identité ou, à défaut, clarifier les termes de la loi pour encadrer la mise en œuvre de ces vérifications, lesquelles échappent de surcroît à tout contrôle.

5. Le déremboursement des tests de dépistage

La Défenseure des droits s'est déjà inquiétée du choix de l'exécutif d'instaurer le déremboursement des tests de dépistage de la covid-19. Cette disposition touche en particulier les personnes les plus vulnérables, les plus éloignées du système de santé, et les populations précaires et/ou isolées, c'est-à-dire celles qui sont aussi les plus éloignées de la vaccination.

Outre le fait que la nécessité d'une prescription médicale permettant de bénéficier d'une prise en charge financière du test de dépistage est de nature à accentuer la pression sur le système de santé, elle pourra aussi s'avérer contre-productive dans la lutte contre l'épidémie. En effet, certaines personnes renonceront à se faire dépister lorsqu'elles présenteront des symptômes et n'auront pas d'accès possible à une prescription médicale dans un court délai. Enfin, avec l'instauration d'un passe vaccinal, le non-remboursement du test pour les seules personnes non vaccinées semble privé de

³ Avis n° 21-11 du 20 juillet 2021.

⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017. ; Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021, Loi relative à la gestion de la crise sanitaire.

toute justification aussi bien juridique que sanitaire, ces tests n'ayant plus comme seul objet pour les personnes concernées que de savoir si elles sont ou non porteuses de la maladie et donc contagieuses.

* * *

Tels sont les points de vigilance que la Défenseure des droits souhaitait adresser, dans des délais très brefs, au Parlement saisi du projet de loi, en soulignant l'importance des débats qui s'y tiendront s'agissant d'un texte qui opère, pour la gestion de la crise, des transformations profondes pour l'exercice de droits et libertés qui sont au fondement de notre pacte social et républicain et un glissement insidieux vers la pérennisation d'un dispositif d'exception.

Elle souhaite également insister en conclusion sur la nécessité d'une réévaluation régulière du dispositif au regard de l'évolution de la situation sanitaire afin que soient recherchées les restrictions les moins contraignantes possibles permettant de concilier les objectifs de protection de santé publique et de respect des droits et libertés afin de satisfaire au principe de proportionnalité et que celles-ci ne durent que le temps strictement nécessaire à la gestion de la crise.

Enfin, s'agissant de l'article 3 sur les mesures d'isolement et de contention, sans lien direct avec la crise sanitaire et prévu pour répondre au vide juridique qui fait suite à une censure du Conseil constitutionnel, la Défenseure des droits considère que la consécration d'un contrôle judiciaire systématique de l'isolement et de la contention constitue une évolution positive. Celle-ci va dans le sens d'une meilleure protection des droits fondamentaux de patients doublement vulnérables car déjà privés de liberté par l'effet de la mesure d'hospitalisation sous contrainte dans laquelle s'inscrit la mesure d'isolement ou de contention prise à leur égard.

Elle regrette toutefois que ces dispositions fassent l'objet d'une procédure accélérée compte tenu de leur importance. Elle attire l'attention des parlementaires sur le caractère inabouti du contrôle judiciaire prévu dans l'article 3 du projet de loi qui se limite à encadrer ce contrôle systématique, sans articulation avec le contrôle de l'hospitalisation déjà mis en place et en imposant aux services de santé et judiciaires une procédure lourde et imprécise (difficulté de computation des délais, mesures en doublon, recours devenus sans objet).