

Ständerat

Conseil des États

Consiglio degli Stati

Cussegl dals stadis



Staatspolitische Kommission
CH-3003 Bern

www.parlament.ch
spk.cip@parl.admin.ch

23. Februar 2021

Covid-19: Erleichterungen für geimpfte Personen -- Covid-19 : Allègements pour les personnes vaccinées

Q&A zum Thema «Erleichterungen für geimpfte Personen»¹

1. Welche Erleichterungen gibt es heute bereits für Geimpfte, Genesene bzw. Negativgetestete?

Vaccins :

L'art. 27a de l'ordonnance 3 COVID-19 prévoit que les personnes qui souffrent de certaines pathologies (personnes vulnérables) et qui n'ont pas été vaccinées contre le COVID-19 bénéficient d'une protection accrue dans leur activité professionnelle (art. 27a, al. 10 ordonnance 3 COVID-19). Il n'en résulte pas d'assouplissements en faveur des personnes vaccinées. Leur employeur n'est en revanche plus tenu de leur faire bénéficier d'une protection supplémentaire.

Für Geimpfte gibt es sonst noch keine weiteren Erleichterungen. Eine geimpfte Person muss bei engen Kontakt zu einer ansteckenden Person in Quarantäne (Kontaktquarantäne), auch bei der Einreise aus einem Staat oder Gebiet mit erhöhtem Ansteckungsrisiko besteht für geimpfte Personen eine Quarantänepflicht (Reisequarantäne).

Tests négatifs :

Dans le domaine du transport international de voyageurs :

- Un test dont le résultat est négatif doit être présenté afin de voyager en avion à destination de la Suisse (art. 9a, al. 1, ordonnance COVID-19 mesures dans le domaine du transport international de voyageurs), sauf exceptions (art. 9a, al. 5). S'il s'agit d'un test PCR, il doit avoir été réalisé moins de 72 heures avant l'embarquement, et s'il s'agit d'un test immunologique rapide, il doit avoir été réalisé moins de 24 heures avant l'embarquement (art. 9a, al. 2, ordonnance COVID-19 mesures dans le domaine du transport international de voyageurs).
- Un test négatif permet de mettre fin de manière anticipée à la quarantaine-voyage (dès le 7^{ème} jour de quarantaine), art. 7, al. 4 ordonnance COVID-19 mesures dans le domaine du transport international de voyageurs).

Dans le domaine de la quarantaine-contact, le résultat négatif d'une analyse de biologie moléculaire ou d'un test rapide (dès le 7^{ème} jour de quarantaine) et l'accord de l'autorité cantonale compétente permet de mettre fin de manière anticipée à la quarantaine – art. 3e, al. 2, ordonnance COVID-19 situation particulière.

¹ Die Antworten wurden von BAG, BJ und EDÖB verfasst



Exceptions en faveur de personnes guéries :

Dans le domaine du transport international de voyageurs:

- Sont exemptées de l'obligation de test et de quarantaine-voyage les personnes qui peuvent fournir la preuve qu'elles ont déjà contracté le SARS-CoV-2 au cours des trois derniers mois précédant leur entrée en Suisse et qu'elles sont considérées comme guéries (art. 8, al. 1, let. h, ordonnance COVID-19 mesures dans le domaine du transport international de voyageurs).
- Les entreprises de transport aérien peuvent transporter les personnes munies d'une attestation médicale prouvant qu'elles ont déjà contracté le SARS-CoV-2 au cours des trois derniers mois précédant leur entrée en Suisse et qu'elles sont considérées comme guéries même en l'absence d'un résultat de test négatif (art. 9a, al. 5, let. e, ordonnance COVID-19 mesures dans le domaine du transport international de voyageurs)

Dans le domaine de la quarantaine-contact:

- sont exemptées les personnes qui ont contracté le SARS-CoV-2 au cours des trois derniers mois avant d'avoir eu un contact étroit avec une personne au sens de l'al. 1 et sont considérées comme guéries, et pour lesquelles l'autorité cantonale compétente a levé l'isolement (art. 3d, al. 2, let. a ordonnance COVID-19 situation particulière).

2. Was weiss man zur Frage, ob eine (welche?) Covid-19-Impfung auch ganz oder teilweise vor Weiteransteckung schützt?

Bisher gibt es gute Daten, dass die mRNA Impfstoffe vor Erkrankung und schwerer Erkrankung durch SARS-CoV-2 schützen. Bisher gibt es ungenügende Daten, dass die Impfung (mRNA oder andere Impfstoffe) die Virusübertragung verhindern könnte. Daten dazu aus Studien (asymptomatische Infektion) oder auch durch Erfahrungen aus Ländern, die schon breit impfen, werden bald erste Antworten dazu geben können.

3. Falls man punkto Covid-19 noch zu wenig weiss: Was ist die Wahrscheinlichkeit für diesen Ansteckungsschutz, wenn man sich andere bekannte Impfungen anschaut: Ist ein Ansteckungsschutz eher der Normalfall oder die Ausnahme?

Le plus souvent les vaccinations qui protègent de la maladie et de ses complications protègent également de la transmission (ex: rougeole, coqueluche, hépatite, influenza...): la réponse immunitaire réduit fortement la charge virale et la durée de présence du micro-organisme sur les surfaces muqueuses et donc le risque de transmission. Toutefois on connaît des vaccinations qui protègent de la maladie mais ne confèrent pas une immunité muqueuse suffisante pour empêcher un portage et une transmission du micro-organisme (p.ex. la vaccination injectable contre la poliomyélite ou la vaccination polysaccharidique contre les méningocoques).



4. Angenommen, dieser Ansteckungsschutz sei dereinst bekannt:

a. Wie weit sind die Arbeiten gediehen, um dereinst rasch das Bekanntwerden eines Ansteckungsschutzes bei den staatlichen Covid-19-Einschränkungen erleichternd zu berücksichtigen?

b. In welchen Bereichen sind solche Erleichterungen für Geimpfte naheliegend und wo nicht (und warum nicht)?

Les principes ont été examinés lors de la séance du Conseil fédéral du 17 février 2021. L'aspect droit constitutionnel a fait l'objet d'un rapport de l'OFJ. Le PFPDT s'est prononcé sur les exigences de protection des données pour la collecte de données par des particuliers.

Sobald belastbare Erkenntnisse vorliegen, ob eine Covid-19 Impfung zuverlässig vor einer Ansteckung schützt, werden diese Erkenntnisse bei den weiteren Empfehlungen und Massnahmen berücksichtigt. Der aktuelle Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Schutzwirkung lässt heute zu diesen grundlegenden Aspekten aber weiterhin noch keine abschliessende Einschätzung zu. Zu berücksichtigen bleibt auch, dass die Verfügbarkeit einer Impfung bis auf Weiteres primär das Ergebnis einer öffentlichen Politik (Impfstrategie) ist, bevor sie allenfalls das Ergebnis einer individuellen Entscheidung sein kann. Aus Sicht der öffentlichen Gesundheit stellt sich die Frage nach der Berücksichtigung der besonderen Situation geimpfter Personen in diesem Zusammenhang erst dann, wenn die Impfquote ein relativ hohes Niveau erreicht hat. Die Erhöhung der Impfrate, vor allem bei besonders gefährdeten Personen, wird jedoch gleichzeitig die Notwendigkeit restriktiver, die gesamte Bevölkerung und sämtliche Einrichtungen und Betriebe betreffenden Massnahmen zur Bekämpfung der Pandemie reduzieren. Ist dies der Fall, ergibt sich paradoxerweise, dass sich die Notwendigkeit einer Differenzierung nach dem Impfstatus reduziert. Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass aufgrund der vorgesehenen Liefermengen bis im Sommer eine sehr grosse Anzahl Personen geimpft werden kann. Der Zeitraum zwischen einer möglichen Einführung von Differenzierungen nach Impfstatus, die ein ausreichendes Niveau der Impfquote voraussetzt, und dem Erreichen der kritischen Menge an geimpften Personen dürfte nur wenige Wochen betragen.

Der Bundesrat verfolgt deshalb folgende Stossrichtungen (für die Verfassungsmässigkeit dieses Vorgehens vgl. Antwort zu Ziff. 4 d):

1. Massnahmen, die auf konkret-individuelle Infektionsgefahren reagieren: Differenzierungen nach dem Impfstatus sind möglich. Es sind keine gesetzlichen Anpassungen nötig. Geimpfte Personen, die engen Kontakt zu einer ansteckenden Person hatten, sollten nicht mehr in Quarantäne gehen müssen, falls der Schutz vor einer Übertragung als genügend betrachtet wird.

2. Regelungen, die sich im Sinne der allgemeinen Prävention an die gesamte Bevölkerung adressieren, wie die Maskenpflicht, die Einhaltung des Abstands oder die Hygieneregeln: Es sollen keine Differenzierungen nach dem Impfstatus vorgesehen werden. Die Rechtssicherheit und die Vollzugstauglichkeit einer Differenzierung in diesem Bereich ist nicht gegeben, da etwa im öffentlichen Raum stets der Impfstatus ersichtlich sein müsste.

3. Massnahmen gegenüber privaten Einrichtungen: Massnahmen des Bundes gegenüber privaten Einrichtungen und Betrieben sollen unter Berücksichtigung des Impfstatus



ausgestaltet werden. So könnten die Anforderungen an die Schutzkonzepte unterschiedlich ausfallen, je nachdem, ob eine Einrichtung nur für geimpfte oder auch für nicht geimpfte Personen offensteht. Auch könnten bisher verbotene oder eingeschränkte Angebote selektiv für Träger eines entsprechenden Impfnachweises wieder zugänglich gemacht werden, so etwa Innenbereiche in der Gastronomie, Diskotheken oder Veranstaltungen. Die Betreiber und die Veranstalter müssten in diesem Fall einen entsprechenden Nachweis einer vollständig durchgeführten Impfung verlangen.

4. Massnahmen bezüglich staatlicher Aufgaben: Es sollen keine Differenzierungen nach dem Impfstatus vorgesehen werden. Eine Differenzierung anhand des Impfstatus ist für weite Bereiche des staatlichen Aufgabenspektrums nicht angezeigt: so darf der Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen nicht vom Impfstatus der betroffenen Patientin oder des betroffenen Patienten abhängig gemacht werden.

5. Spezialfälle: Differenzierungen nach dem Impfstatus in Arbeitsverhältnissen sollen grundsätzlich durch die Sozialpartner geregelt werden. Die Regelung von Differenzierungen nach dem Impfstatus im Bereich der Gesundheitsbetriebe liegt in der Kompetenz der Kantone. Das EDI unterstützt dabei die Kantone. Massnahmenerleichterungen könnten z.B. für geimpfte Bewohner von Alten- und Pflegeheimen zum Tragen kommen, wenn eine ausreichende Frist nach Erhalt der zweiten Impfdosis eingehalten wurde.

c. Wie könnte bzw. müsste der Nachweis einer Impfung erfolgen?

EDÖB: Bearbeiten Private im Kontext mit der Pandemie Impf- oder andere Gesundheitsdaten ihrer Mitbürger, haben sie sowohl bei deren Einforderungen als auch deren allfälligen Weiterbearbeitung nebst den öffentlich-rechtlichen Vorgaben auch jene des Datenschutzgesetzes des Bundes (DSG) und die dort verankerten Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Zweckgebundenheit der Datenbearbeitung zu beachten. Der EDÖB hat die von Privaten zu beachtenden Anforderungen am 22. Januar 2021 auf seiner Website publiziert (s. Beilage 3.1.1). Hierzu gehört insbesondere auch, dass zumutbare Alternativen zur digitalen Bearbeitung der Personendaten unter vergleichbaren Bedingungen angeboten werden, um eine faktische Smartphone-Tragepflicht zu verhindern. Dementsprechend ist neben allfälligen digitalen Impfnachweisen immer auch die Möglichkeit eines Impfnachweises auf Papier vorzusehen.

BAG: Zurzeit besteht kein gesetzlicher Auftrag für den Bund bzw. die Kantone, einen behördlichen (elektronischen) Impfnachweis / eine behördliche (elektronische) Impfbescheinigung bereit zu stellen. Der bestehende Impfausweis in Papierform ist in der Schweiz kein amtliches Dokument. Dies gilt auch für den elektronischen Impfausweis der Stiftung meineimpfungen.ch (diese wird von Seiten des Bundes lediglich mittels einer Finanzhilfe finanziell unterstützt). Der Impfausweis ist lediglich eine Dokumentation im Rahmen des Arzt-Patientenverhältnisses. Ein vom Staat ausgestellter bzw. ein amtlicher (digitaler) Impfausweis, ebenso ein zentrales Impfregister (wie es z.B. Österreich kennt) würde eine gesetzliche Grundlage auf Stufe Bundesgesetz (Änderung des EpG) bedingen.

Es bestehen Vorüberlegungen, mittels eines Zertifizierungssystems den Aspekt der Fälschungssicherheit von Impfnachweisen anzugehen. Es geht darum, dass Private ein Impf-Zertifikat im Sinne einer «Urkunde oder Beleg» ausstellen könnten, wobei immer der Leistungserbringer, der geimpft hat der «Garant für die Richtigkeit der Information» sein müsste. Ziel wäre es, dass fälschungssichere QR-Codes als «Beweis für eine Covid-19-



Impfung» gelten könnten (damit solche QR-Codes auch international anerkannt werden, z.B. für Reisen in andere Länder etc.). Die Schaffung eines staatlichen elektronischen Impfausweises ist mit Blick auf die Komplexität eines solchen Vorhabens mit Blick auf den engen Zeithorizont kaum möglich.

Situation International: Im bereits bestehenden «gelben Impfbüchlein» (Papierform) der WHO können Impfungen eingetragen werden. Die Impfung gegen Gelbfieber ist weltweit die Einzige, die in gewissen Staaten Voraussetzung für eine Einreise ist; rechtliche Basis dafür sind die Internationalen Gesundheitsvorschriften (IGV/IHR, Anlage 7).

Ein elektronischer Impfpass ist mit dem Konsortium «Smart Vaccination Card» in Arbeit, es bestehen jedoch noch viele offene Fragen rechtlicher und technischer Natur. Um international eine Covid-Impfung für Reisende als verbindlich zu erklären, müssen formale Anforderungen erfüllt sein (diesbezügliche Empfehlung eines IGV Komitees oder Anpassung von Anlage 7 der IGV).

Auch die EU arbeitet, zusammen mit der WHO, an einem einheitlichen Impfnachweis, der unter voller Wahrung der EU-Datenschutzvorschriften die Kontinuität der Gesundheitsversorgung unterstützen soll. Währendem sich einige Staaten dafür einsetzen, Urlaubsreisen mit einem solchen Impfnachweis zu erleichtern, beurteilen andere EU-Staaten die Verbindung zwischen internationalem Impfnachweis und Reiseprivilegien skeptisch. Die entsprechenden Diskussionen unter den Mitgliedstaaten der EU laufen derzeit an.

d. Wäre eine solche Erleichterung verfassungsmässig nicht zwingend geboten, bzw. umgekehrt: Mit welcher Rechtfertigung könnte man einen nachweislich Nichtansteckenden z.B. in Quarantäne stecken, unter die 5-er-Regel zwingen oder von einem Restaurant-, Laden oder Konzertbesuch fernhalten?

Sous l'angle de l'égalité de traitement, un risque très faible que les personnes vaccinées puissent être infectées et transmettre le COVID-19 est en soi un motif objectif de différenciation. Un allègement des mesures pour les personnes vaccinées est donc a priori conforme à la Constitution.

Il faut toutefois analyser séparément les différentes constellations.

1. Pour les mesures individuelles telles qu'une quarantaine qui visent à empêcher la transmission du virus par une personne spécifique, une exception pour les personnes vaccinées doit être considérée comme requise par la Constitution ; en effet la grave atteinte à la liberté personnelle que représente une mesure de quarantaine n'est pas proportionnée si le risque d'être infecté lors d'un contact étroit est très faible même si ce risque n'est pas inexistant.

2. A l'inverse, une mesure telle que le port du masque qui ne porte qu'une atteinte très faible à la liberté personnelle peut continuer à être imposée aussi aux personnes vaccinées afin de garantir l'efficacité de la mesure et d'éviter de devoir contrôler le statut vaccinal de chaque personne qui ne porte pas le masque.

3. Il faut relever à cet égard que pendant encore un certain nombre de mois l'accès au vaccin dépendra du programme de vaccination mis en place par les autorités ; l'accès différencié à la vaccination crée déjà une inégalité de traitement en limitant l'accès à la protection individuelle fournie par le vaccin ; le souci d'éviter de démultiplier les inégalités



sociales et économiques liées à celle de l'accès à la vaccination pourrait donc être un motif légitime de non-différenciation.

5. Welche anderen Personen wären ebenfalls für entsprechende Erleichterungen zu beachten (z.B. Genesene oder Negativgetestete während eines bestimmten Zeitraums)?

Nach derzeitigem Wissensstand gelten z.B. Personen nach durchgemachter Infektion für einen bestimmten Zeitraum (3 Monate) als geschützt vor einer Re-Infektion. Allerdings gibt es zur Zeit Hinweise, dass es zu Reinfektionen durch Virus-Mutanten kommt. Somit kann die Situation nicht abschliessend beurteilt werden.

Actuellement, les personnes se prévalant d'un résultat de test négatif ou prouvant avoir contracté le SARS-CoV-2 au cours des trois derniers mois et qu'elles sont considérées comme guéries, bénéficient de certaines exceptions s'agissant des mesures individuelles (quarantaine-contact, quarantaine-voyage, entrée en Suisse par voie aérienne, cf. réponse question 1).

D'autres exceptions ne sont pas envisagées pour l'instant. Dans l'élaboration de la réglementation relative aux distinctions fondées sur le statut vaccinal, il conviendra toutefois d'examiner dans quelle mesure des mesures alternatives pourront être prévues, par exemple distinguer l'accès à des établissements ou institutions selon le résultat négatif de tests.

6. Verweigerung von Dienstleistung/Arbeitsstelle für Nicht-Geimpfte (Covid)

a. Darf eine privatrechtlich organisierte Firma/Organisation einer nicht-geimpften (Covid) Person eine Arbeitsstelle oder eine zum Kaufen beabsichtigte Dienstleistung verweigern?

Les relations entre particuliers sont régies par le principe de la liberté de contracter. Ce principe implique la liberté de choisir ses partenaires contractuels. Diverses exceptions à ce principe existent, qui se concrétisent par une obligation de contracter pour les particuliers. Ces exceptions découlent d'une part de certaines bases légales spéciales de droit public ou de droit privé (p.ex. obligation de transport pour le transport de voyageurs). Elles découlent aussi et surtout des limitations générales à la liberté contractuelle, à savoir la protection de la personnalité et la contrariété aux bonnes mœurs, ou du droit des cartels. La protection de la personnalité et en particulier la protection des données impliquent ainsi une pesée des intérêts. L'intérêt à exiger le vaccin doit être prépondérant. Cela dépendra de la situation particulière, notamment de la nécessité du vaccin pour la protection de la santé et de la possibilité d'une protection alternative pour les personnes non vaccinées.

En droit du travail, la conclusion du contrat reste régie par le libre choix de son partenaire contractuel. Le refus d'embauche sur la base du statut vaccinal ne doit toutefois pas constituer une atteinte illicite à la personnalité. Une pesée entre intérêts de l'employeur et du travailleur doit ici aussi intervenir. L'atteinte à la personnalité du travailleur (intégrité corporelle) ne sera admise qu'en présence d'intérêts prépondérants de l'employeur (protection de la santé des autres collaborateurs ou de tiers ou autres intérêts). Un refus d'embauche qui constitue une atteinte illicite à la personnalité donne lieu en pratique au versement d'une indemnité et pas à une obligation d'engager la personne lésée.



De plus, un candidat ne doit renseigner l'employeur sur son statut vaccinal, respectivement l'employeur n'a le droit de poser des questions à ce sujet, que s'il y a un lien objectif avec l'exercice de l'activité prévue. Dans le cas contraire, la question est susceptible de porter une atteinte illicite à la personnalité du travailleur, qui peut refuser de répondre. Un droit de mentir est également reconnu par la doctrine majoritaire.

b. Darf eine staatliche Organisation wie ein Pflegeheim einer Person den Eintritt ins Heim verweigern, wenn diese nicht geimpft ist?

Il faut différencier selon que l'entrée dans un EMS vise une personne qui postule pour une place dans cet établissement ou une personne qui vient en visite.

La première question qui se poserait est celle de savoir si le refus reposerait sur une base légale suffisante. Les exigences en matière de niveau normatif et de densité normative sont toutefois moindres pour les rapports de droits spéciaux tels que ceux liant un habitant d'un EMS à celui-ci. L'interdiction d'entrée dans un EMS pour les personnes non vaccinées devrait également poursuivre un intérêt public et être proportionnée (art. 5 al. 2 Cst.). On ne voit pas a priori quel pourrait être l'intérêt public prépondérant pour exclure l'entrée d'une personne non vaccinée.

S'agissant des personnes venant en visite, l'exclusion des personnes non vaccinées serait disproportionnée si d'autres mesures moins incisives permettaient aussi de protéger la santé des habitants non vaccinés de l'EMS. On pensera notamment à un test rapide à l'entrée et au port du masque.

c. Erlaubt die BV und EMRK grundrechtlich überhaupt eine Differenzierung geimpfte / ungeimpfte Personen? Oder ist das diskriminierend / Rechtsgleichheit verletzend?

On analysera ici la constitutionnalité de distinctions faites dans l'exercice de tâches étatiques.

Le principe de l'égalité (art. 8 al. 1 Cst.) est violé non seulement lorsque l'acte étatique établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer, mais aussi lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances en ne traitant pas de manière différente ce qui est dissemblable. La pratique et la jurisprudence admettent certes une certaine schématisation pour des motifs de sécurité du droit et de praticabilité lorsqu'une réglementation différenciée qui tiendrait intégralement compte de différences de fait ne pourrait pas être mise en œuvre efficacement de manière à réaliser le but de la réglementation. Il y a toutefois des limites à ce qui est admissible comme schématisation. Lorsque la part de la population qui ne sera que peu ou pas du tout susceptible d'être infectée et de transmettre le virus aura encore (fortement) augmenté, le moment arrivera où les motifs de praticabilité et de sécurité du droit ne suffiront plus pour justifier l'absence de différenciation selon le potentiel qu'ont les personnes concernées de transmettre le virus. L'art. 8 al. 1 Cst. exigera alors en principe que les mesures soient adaptées pour ne plus traiter de manière semblable ce qui est dissemblable, à moins que les mesures ne soient alors purement et simplement supprimées. Pour des motifs permettant de justifier une renonciation à une distinction malgré la différence de fait, cf. la réponse plus haut à la question 4d.



Concernant la CEDH :

S'agissant de l'art. 14 CEDH, il convient de rappeler que cette disposition n'a qu'une portée accessoire et qu'elle doit toujours être invoquée en lien avec un droit garanti par la Convention ou un protocole. La Cour a précisé que seules les différences de traitement fondées sur une caractéristique identifiable, ou « situation », sont susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire aux fins de l'article 14 (Fabian c. Hongrie, req 78117/13, § 113). En d'autres termes, si le motif de la différence de traitement est directement lié à l'état de santé de la personne (p. ex. une personne qui est atteinte du COVID ou, à la limite, une personne qui est médicalement reconnue comme vulnérable), l'art. 14 trouvera certainement à s'appliquer. En revanche, si le motif est simplement le refus de la personne de se faire vacciner (soit un choix intime et subjectif) et non pas une différence dans l'état de santé, il est très douteux que l'art. 14 puisse être invoqué avec succès car on n'a pas affaire à une caractéristique intrinsèquement liée à la personne. Donc si l'art. 14 n'est pas applicable, la Cour n'examinera pas si la distinction entre vaccinés et non vaccinés (entraînant pour les seconds le refus d'accès à certaines prestations) est justifiée et raisonnable.

Une obligation générale de vaccination tombe en principe sous le coup de l'art. 8 CEDH (droit au respect de la vie privée), qui peut donc être invoqué en lien avec l'art. 14 CEDH. L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a déjà affirmé que l'obligation, sous peine de sanction, de se soumettre à un traitement médical (méthode de dépistage de la tuberculose) ou à une vaccination peut constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie privée (N° 10435/83, déc. 10.12.84, D.R. 14, pp. 251, 253 ; voir aussi Boffa et autres c. Saint-Marin, no. 26536/95, décision du 15 janvier 1998, DR 27). En vertu de l'art. 8 al. 2 CEDH, l'ingérence doit être prévue par la loi, poursuivre un ou plusieurs buts légitimes et être nécessaire dans une société démocratique. L'examen se fait alors au cas par cas par la Cour. La question de l'admissibilité d'une obligation générale de vacciner les enfants assortie d'une amende et d'un refus de les admettre à l'école en cas de non-vaccination fait actuellement l'objet d'une requête pendante devant la Cour (req n°47621/13 Pavel VAVŘIČKA et autres c. République tchèque). Nul doute qu'à cette occasion, la Cour va pouvoir développer et préciser sa jurisprudence.

Indépendamment des questions liées à l'applicabilité des art. 8 et 14 CEDH, on peut tout de même souligner que la Cour semble marquer, de façon générale, une grande compréhension pour les mesures prises afin de protéger la santé publique, reconnu comme un objectif légitime.

d. Ein solcher Grundrechtseingriff benötigt eine gesetzliche Grundlage. Haben wir diese?

Conformément au principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.), la fourniture de prestations étatiques de manière différenciée selon le statut vaccinal nécessiterait une base légale. La densité normative nécessaire peut toutefois varier selon la nature de la réglementation. Ainsi, une différenciation dans la mise en œuvre d'une exception peut reposer sur une base légale plus abstraite et imprécise qu'une différenciation qui crée un statut spécifique pour les personnes non vaccinées. Si la différenciation implique une atteinte à des droits fondamentaux pour tout ou partie des personnes concernées, les exigences de l'art. 36 al. 1 Cst. en matière de base légale s'appliqueront, de sorte qu'une base légale formelle sera requise pour une atteinte grave.



La réglementation en vigueur en matière de quarantaine permettrait déjà d'accorder des exceptions aux personnes vaccinées s'il était avéré que le risque de transmission du virus par ces personnes est inexistant ou très faible. Les exceptions à la quarantaine pourraient être prévues par le Conseil fédéral par voie d'ordonnance.

Il faudrait examiner séparément chaque situation dans laquelle on envisagerait une différenciation selon le statut vaccinal pour l'octroi de prestations étatiques afin d'évaluer s'il y a une base légale suffisante pour une telle différenciation.

Les mesures visant tant les personnes que les installations, établissements et manifestations accessibles au public sont fondées sur l'art. 6, al. 2 let. b LEp en relation avec art. 40 LEp. Des distinctions dans leur application seraient également fondées sur cette base légale, et pourraient être prévues dans des ordonnances. Le Conseil fédéral pourrait ainsi lever partiellement des mesures telles que la fermeture obligatoire d'établissements afin de permettre l'accès aux personnes vaccinées.

Une différenciation par les particuliers ne constitue en revanche pas une atteinte aux droits fondamentaux et ne nécessite pas une base légale.

S'agissant du contrôle du statut vaccinal, qui constitue un traitement de données personnelles sensibles au sens de la loi sur la protection des données, deux situations sont à distinguer :

- a. Le traitement des données personnelles relatives au statut vaccinal par les privés peut avoir lieu dans le cadre légal actuel. Les prescriptions de la LPD sont applicables.
- b. Un traitement par des acteurs étatiques nécessite en revanche la création d'une base légale formelle.

Wenn im Rahmen der Erfüllung staatlicher Aufgaben zwischen geimpften und ungeimpften Personen differenziert werden soll und entsprechende besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet werden sollen, muss grundsätzlich eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Gestützt auf Art. 58 EpG können die Vollzugsorgane dieses Gesetzes nur der Impfstatus von Personen abfragen, bei denen objektive Anhaltspunkte für einen Ansteckungsverdacht bestehen. Une révision de l'art. 58 LEp serait nécessaire.

S'agissant des mesures individuelles (quarantaines et entrée sur le territoire suisse), une base légale formelle permettant le traitement des données relatives à l'état de santé existe (art. 58 LEp).

Vgl. im Übrigen Antwort auf die Frage 8.

e. Was gilt bei nicht-geimpften Personen, denen das BAG die Impfung offiziell ablehnt (Schwangere, Vorkrankheit, Demente, Kinder)?

Das BAG lehnt nicht Impfungen für gewisse Bevölkerungsgruppen ab, sondern empfiehlt sie nicht. Pour certains individus, il peut exister des contre-indication médicales à la vaccination.

En cas de réglementation des distinctions fondées sur le statut vaccinal, des exceptions devraient être prévues pour de tels cas. Dans l'examen de l'admissibilité des distinctions fondées sur le statut vaccinal, il convient en particulier d'évaluer si des mesures moins incisives peuvent être prévues, soit comme remplacement, soit comme alternative. A titre



d'exemple, la présentation de tests négatifs ou la preuve d'une guérison récente pourraient être considérées comme des solutions alternatives.

f. Und was gilt, wenn die Person zwar impfwillig ist, aber der Impfstoff für sie noch nicht verfügbar ist?

Wie schon oben erwähnt, ist die Verfügbarkeit einer Impfung bis auf Weiteres primär das Ergebnis einer öffentlichen Politik (Impfstrategie), bevor sie allenfalls das Ergebnis einer individuellen Entscheidung sein kann. Es muss deshalb auch hier wie unter Ziff. 6e vorstehend erwähnt, in Erwägung gezogen werden, ob als Ersatz oder zumindest Alternative gegenüber einer Differenzierung nach dem Impfstatus nicht auch mildere Massnahmen möglich sind, wie etwa der Nachweis eines negativen Testresultats.

g. Was gilt für Personen, die zwar geimpft sind, aber mit einem in der Schweiz nicht-zugelassenen Impfstoff aus einem anderen Staat (z.B. Russland, China)?

Ein Impfstoff erhält in der Schweiz unter Umständen keine Zulassung, weil vom Hersteller gar nie eine Zulassung beantragt worden ist. Hier werden Experten entscheiden müssen, ob die Wirksamkeit dieser Impfstoffe gemäss vorhanden Informationen ausreicht oder nicht.

Des vaccins effectués à l'étranger avec des produits non autorisés par Swissmedic mais dont les effets sont considérés par les experts comme suffisants seraient reconnus et permettraient de bénéficier des exceptions en faveur des personnes vaccinées, si de telles exceptions étaient prévues.

Des mesures alternatives et moins incisives sont à également à prévoir de pair avec la réglementation de distinctions fondées sur le statut vaccinal. A titre d'exemple, la présentation de tests négatifs ou la preuve d'une guérison récente pourraient être considérées comme des solutions alternatives.

7. Impfblogatorium

a. Darf ein staatlicher Arbeitgeber beim Durchsetzen eines Impfblogatoriums einer verweigernden Person kündigen? Darf sie sie umplatzieren an anderen Arbeitsplatz? Wie sieht das der EGMR?

En ce qu'elle porte atteinte à l'intégrité physique et au droit à l'autodétermination de la personne concernée, une vaccination ne peut être rendue obligatoire que moyennant le respect de conditions strictes. En leur qualité d'employeur, la Confédération ou les cantons peuvent prévoir une obligation de vaccination par le biais de leur législation sur la fonction publique aux conditions posées par l'art. 36 Cst. Le droit de la fonction publique contient généralement des normes qui obligent l'employeur à protéger la personnalité et la santé du personnel et à veiller à la sécurité au travail. Les dispositions précitées peuvent constituer une base légale permettant à l'employeur de déclarer une obligation de vaccination. Dans un arrêt rendu le 19 octobre 2006, le tribunal administratif du canton de St-Gall a refusé de tenir pour abusif le licenciement d'une auxiliaire de santé de la Croix-Rouge employée à l'Hôpital cantonal de St-Gall, en raison de son refus de se conformer à une directive édictée par l'hôpital, en sa qualité d'employeur, qui décrivait l'obligation des employés en contact avec le sang de se faire vacciner contre l'hépatite B. Dans cette affaire, le Tribunal a considéré que l'obligation de vaccination ne constituait pas une atteinte illicite à la liberté personnelle de l'employée dès lors que les conditions de l'art. 36 Cst. étaient remplies : la directive de



l'employeur reposait sur une base légale, la vaccination était justifiée par un intérêt public prépondérant (protéger les patients et les employés contre le risque de transmission de l'hépatite B), respectait le principe de proportionnalité et ne portait pas atteinte au noyau dur de la liberté personnelle. Le refus de l'employée a été jugé comme une raison suffisante pour justifier un licenciement. A noter que cette jurisprudence est, au moins pour l'instant, un cas isolé. Avant d'en arriver à cette extrémité, d'autres mesures peuvent être envisagées, comme l'affectation temporaire du travailleur à un autre service ou, si un tel transfert n'est pas envisageable, la suspension du travailleur de ses fonctions (dans cette hypothèse, le travailleur ne pourrait vraisemblablement pas prétendre à un salaire).

Il n'y a pas de jurisprudence y relative de la CEDH. On peut toutefois souligner que la Cour semble marquer, de manière générale, une grande compréhension pour les mesures prises afin de protéger la santé publique, reconnu comme un objectif légitime. Elle a notamment eu l'occasion de le dire en matière d'obligation générale de vaccination pour lutter contre une épidémie et protéger ainsi les tiers.

b. Wer haftet bei einem von Bund oder Kanton erlassenen Impfbefehl, wenn die Person danach bewiesenermassen und kausal krank/arbeitsunfähig wird oder gar stirbt?

Les règles habituelles de responsabilité s'appliquent en cas de dommages graves liés à la vaccination obligatoire. Ainsi :

- Responsabilité du fait des produits : en vertu de la loi sur la responsabilité du fait des produits (LRFP, RS 221.112.944), le fabricant de vaccins répond du dommage lorsqu'un produit est défectueux, si par exemple le défaut est imputable à la conception du produit ou à sa fabrication, et si la personne subit un dommage lorsque le vaccin est utilisé comme prévu. Si l'état des connaissances scientifiques et techniques ne permettait pas, lors de la mise en circulation du produit, de déceler l'existence du défaut, il n'y a pas de responsabilité.
- Responsabilité médicale: la responsabilité du médecin exerçant dans un cabinet privé est fondée sur le Code des obligations, celle d'un médecin exerçant dans un hôpital public est régie par le droit cantonal de la responsabilité de l'Etat. Les pharmaciens qui effectuent une vaccination doivent observer des devoirs de diligence analogues à ceux d'un médecin (art. 26, al. 1 loi sur les produits thérapeutiques, LPT, RS 812.21). Le devoir de diligence exige que les patients soient informés de la nature et des risques de la vaccination et couvre également l'administration correcte du vaccin. Une responsabilité de la personne administrant le vaccin n'est donnée que si le devoir de diligence est violé et que les autres conditions de responsabilité sont remplies (violation du contrat, lien de causalité adéquat, faute et, dans le cas de la responsabilité de l'Etat : illicéité et lien de causalité adéquat).

Responsabilité subsidiaire de la Confédération (indemnité et réparation morale) : En cas de vaccination recommandée ou ordonnée par les autorités, si ni le fabricant ni la personne ayant administré le vaccin ne sont responsables et si les dommages consécutifs à la vaccination ne sont pas pris en charge par les assurances sociales et privées ou ne le sont que partiellement, un système spécial d'indemnisation s'applique (« responsabilité subsidiaire »). En vertu de l'art. 64, al.1, de la loi sur les épidémies (LEp; RS 818.101), la Confédération accorde, après examen au cas par cas, une indemnisation ou une réparation



morale (d'une valeur maximale de 70000 francs) en cas de dommages consécutifs à une vaccination.

c. Wer ist effektiv zuständig für den Erlass eines Impfobligatoriums? Wer für den Vollzug? Falls parallele Kompetenz Bund/Kantone: Was passiert, wenn sie sich widersprechen?

Selon l'art. 22 LEp, 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.

En cas de 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).

L'obligation de vaccination déclarée par le Conseil fédéral en vertu de l'art. 6, al. 2, let. d LEp prime celle prononcée par les cantons.

Les cantons sont compétents pour l'exécution de la LEp. La Confédération surveille l'exécution de la loi par les cantons.

8. Rechtsgrundlage

Braucht es ein eigentliches, separates Impfgesetz oder genügt das aktuelle EpG, Covid-Gesetz und eine allfällige Bundesrats-Verordnung?

Ein separates Impfgesetz braucht es nicht.

- Pour les différenciations faites par les particuliers dans le cadre de leur autonomie contractuelle, une base légale n'est pas nécessaire.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht darf die Bearbeitung von Gesundheitsdaten durch Private die Persönlichkeit der Betroffenen nicht verletzen, oder eine persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung muss gerechtfertigt werden können. Ob die Beschaffung und allfällige Weiterbearbeitung von Impfdaten im Zusammenhang mit Zugangsschranken zu privaten Gütern und Leistungen eine Persönlichkeitsverletzung darstellt und diese gegebenenfalls gerechtfertigt ist, lässt sich nicht allgemein beurteilen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Im Vordergrund steht hier die freiwillige und ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person. Zur Stärkung der Rechtssicherheit und Transparenz sowie aufgrund des Umstands, dass es sich beim Impfstatus um ein besonders schützenswertes Personendatum handelt, könnte es angezeigt sein, den Privaten geeignete Vorgaben zur Bearbeitung der Personendaten zu machen (wie z.B. betreffend Informationspflichten, Umfang und Art der Datenerhebung sowie Aufbewahrung und Löschung der Daten).

- Pour les différenciations faites par l'Etat en matière de quarantaine, les bases légales actuelles suffisent. Les exceptions à la quarantaine pourraient être prévues explicitement par le Conseil fédéral par voie d'ordonnance.
- Le Conseil fédéral pourrait se fonder sur l'art. 6 al. 2 LEp pour lever partiellement des mesures telles que la fermeture obligatoire d'établissements afin de permettre l'accès



aux personnes vaccinées. De telles distinctions pourraient donc être prévues par ordonnance du Conseil fédéral.

- Eine behördliche Kontrolle der Massnahmen, mit denen in den Betrieben die Impfnachweise kontrolliert werden (Schutzkonzepte), ist im bestehenden rechtlichen Rahmen möglich. Sofern die Behörden jedoch zusätzlich die konkrete Umsetzung der Massnahmen in den Betrieben (z.B. stichprobenweise) kontrollieren sollen, müssen sie die Impfnachweise selbst einsehen. Die Kontrolle des Impfstatus ist Teil einer staatlichen Aufgabe (vgl. die nachfolgenden Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für diese Aufgabe).
- Wenn im Rahmen der Erfüllung staatlicher Aufgaben zwischen Geimpften und Ungeimpften differenziert werden soll und entsprechende besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet werden sollen, muss grundsätzlich eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Gestützt auf Art. 58 EpG können die Vollzugsorgane dieses Gesetzes nur den Impfstatus von Personen abfragen, bei denen objektive Anhaltspunkte für einen Ansteckungsverdacht bestehen. Eine Änderung von Artikel 58 EpG wäre deshalb notwendig.

Da infolge einer allfälligen Differenzierung ein verlässlicher und fälschungssicherer Impfnachweis von hoher Bedeutung ist, wäre schliesslich zu prüfen, ob entsprechende gesetzliche Vorgaben erforderlich sind (staatlicher elektronischer Impfausweis, Zertifizierungssystem etc.). Siehe dazu auch Antwort zu Frage 4c.

9. Angenommen, eines Tages hatte die gesamte Risikogruppe die Chance zu einer kompletten Impfung, die auch vor Ansteckung schützt: Können dann per sofort sämtliche Covid-19-Einschränkungen aufgehoben werden, und wenn nein weshalb nicht?

Die Impfung ist nicht eine alleinige Massnahme zur Kontrolle der Pandemie, sie ist ein Element, welches zur Bewältigung beiträgt. Um die Ausbreitung des Virus zu kontrollieren, müssen mehr Personen als nur die Risikopersonen geimpft sein: Bei Aufhebung sämtlicher Einschränkungen würde sich das Virus entsprechend weiterhin unkontrolliert verbreiten, auch wenn die Risikogruppe geimpft wäre. Es wären dann vermutlich mehr die jungen Personen betroffen. Jedoch können auch diese schwer erkranken und da die Langzeitfolgen einer Covid-19 Erkrankung bisher nicht abgeschätzt werden können, wäre ein solche «Durchseuchung» nicht vertretbar. Zudem schützt die Impfung nicht zu 100%, und es gibt Personen die aus medizinischen Gründen nicht geimpft werden können. Deshalb können zum heutigen Zeitpunkt besonders gefährdete Personen nur durch einen gewährleisteten Zugang zur Impfung nicht als genügend geschützt betrachtet werden.