



18 février 2021

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal



Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

Table des matières

1	Introduction	4
1.1	Situation de départ.....	4
1.2	Prémisse.....	4
1.3	Structuration de la note.....	4
2	Les fournisseurs de prestations qui assument une tâche de l'État.....	4
2.1	Obligation de respecter les droits fondamentaux	4
2.1.1	Principes	4
2.1.2	En particulier l'égalité de traitement.....	5
2.1.3	Nécessité d'une base légale	5
2.2	Protection des données	6
2.2.1	Principes	6
2.2.2	La loi sur les épidémies comme base légale ?	6
3	Distinctions par les particuliers : autonomie privée.....	7
3.1	Survol.....	7
3.1.1	Le principe de la liberté contractuelle	7
3.1.2	Les limites de la liberté contractuelle.....	7
3.2	Obligations sectorielles de fournir une prestation.....	7
3.2.1	Transport de personnes.....	7
3.2.2	Hôtellerie-restauration	8
3.3	Obligation de contracter fondée sur les bonnes mœurs (art. 20 CO).....	8
3.4	Obligation de contracter fondée sur la protection de la personnalité (art. 27 ss CC)	9
3.4.1	Atteinte à la personnalité	9
3.4.2	Motif justificatif	10
3.4.3	Mise en œuvre de l'obligation de contracter.....	10
3.5	Protection des données	10
3.5.1	Caractère sensible des données sur la santé.....	10
3.5.2	Atteinte à la personnalité	11
3.5.3	Motifs justificatifs.....	12
3.5.3.1	Principes.....	12
3.5.3.2	Consentement	12
3.5.3.3	Intérêt privé prépondérant	12
3.5.3.4	Intérêt public prépondérant.....	13
3.5.3.5	Loi.....	13
3.6	Obligation de contracter de la loi sur les cartels	13
4	Options législatives pour la Confédération	14
4.1	Situation de départ : limitations indifférenciées de libertés	14
4.1.1	Limitations.....	14
4.1.2	Egalité de traitement et obligation de différenciation	15
4.1.3	Le principe de proportionnalité	15
4.2	Exemple : réglementation en matière de quarantaine	16
4.3	Exemple : l'économie.....	17
4.3.1	Différenciations comme réduction des limitations actuelles	17
4.3.2	Modalités	17
4.3.2.1	Levée de mesures avec possibilité de différenciation	18

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

4.3.2.2	Levée de mesures avec obligation de différenciation.....	18
4.3.3	Champ d'application des différenciations	19
4.3.4	Exigences en matière de praticabilité	19
4.4	Augmentation du taux de vaccination et réduction des mesures de protection..	20
5	Conclusions	20

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

1 Introduction

1.1 Situation de départ

La vaccination de la population en Suisse contre le COVID-19 a débuté à la fin décembre 2020. Quelques centaines de milliers de personnes ont reçu au moins une dose du vaccin. Progressivement, une part importante de la population sera vaccinée ou aura au moins la possibilité de l'être. Cela soulève la question de savoir s'il est juridiquement admissible de traiter différemment les personnes vaccinées et celles non vaccinées. La discussion publique a été lancée au niveau international par les déclarations de compagnies aériennes signalant leur intention d'exiger le vaccin pour voyager dans leurs avions. La discussion s'est intensifiée récemment en Suisse, surtout en relation avec la fourniture de prestations : les fournisseurs de prestations privées ou publiques – tels que les organisateurs de concerts ou spectacles, les restaurants – peuvent-ils traiter différemment les personnes vaccinées et celles non vaccinées ?

1.2 Prémisses

La présente note repose sur la prémisse suivante : la vaccination n'a pas uniquement pour effet de protéger (entièrement ou partiellement) la personne vaccinée contre les symptômes (graves) du COVID-19, mais elle protège également durablement contre l'infection avec le SARS-CoV-2 et la transmission du virus à d'autres personnes. Cette prémisse correspond à un vaccin idéal. À tout le moins importe-t-il que le risque de transmission du virus par des personnes vaccinées soit considérablement réduit par rapport au cas des personnes non vaccinées. Lors de la rédaction de la présente note, la preuve n'a pas (encore) été apportée que les vaccins autorisés jusqu'à présent remplissent cette prémisse.

1.3 Structuration de la note

La présente note exposera d'abord la marge de manœuvre dont les fournisseurs de prestations privées ou publiques disposent pour répondre eux-mêmes à la question posée dans le cadre du droit en vigueur. À cet égard, on distinguera selon que les fournisseurs de prestations sont des acteurs qui assument des tâches de l'État (infra ch. 2) ou des acteurs privés (infra ch. 3). Le cadre légal est en effet différent dans ces deux hypothèses. Ensuite, la note examinera quelques options envisageables au niveau de lois ou ordonnances fédérales (infra ch. 4).

On relèvera encore que la question de l'admissibilité de distinctions est complexe, peut se présenter dans une multitude de domaines et devrait être abordée de manière différenciée dans chaque domaine au regard des spécificités de la situation en cause. Une analyse aussi différenciée n'est pas possible dans le cadre de la présente note. C'est pourquoi celle-ci se limitera à présenter quelques grandes lignes. Elle ne poursuit pas non plus l'objectif de traiter toutes les facettes du problème de la différenciation entre personnes vaccinées et celles non vaccinées, laissant de côté notamment le domaine des rapports de travail, tant en droit privé qu'en droit public.

2 Les fournisseurs de prestations qui assument une tâche de l'État

2.1 Obligation de respecter les droits fondamentaux

2.1.1 Principes

Quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation (art. 35 al. 2 Cst., RS 101). Ce n'est pas la nature de l'organe qui est déterminant, mais la tâche assumée. L'obligation de respecter les droits fondamentaux ne concerne donc pas seulement tous les organes de l'État, y compris toutes les autorités

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

administratives, à tous les niveaux. Elle s'applique aussi à des organisations et des personnes de droit public ou privé qui sont extérieures à l'administration et auxquelles la législation confie l'exécution de tâches étatiques. La notion de tâche étatique recouvre toutes les activités dont la responsabilité de l'exécution est attribuée entièrement à l'État par la législation. Cela comprend aussi les domaines où la législation attribue un mandat de prestations, comme le service universel imparti à la Poste (art. 13 de la Loi sur la poste, RS 783.0). En revanche, il n'y a pas exercice d'une tâche étatique lorsque l'activité est seulement soumise à la surveillance de l'État.

Toute entité qui est chargée par la législation de fournir des prestations dans le cadre de l'exécution d'une tâche étatique est tenue de respecter les droits fondamentaux, en particulier l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.). Une différence de traitement doit donc se justifier par un motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer. Selon la jurisprudence, la question de savoir s'il existe un motif raisonnable pour une distinction peut recevoir des réponses différentes suivant les époques et les idées dominantes ; le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de ces principes (ATF 142 I 195 consid. 6.1, 213).

2.1.2 En particulier l'égalité de traitement

On relèvera que le principe de l'égalité 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 toutefois 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.

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. Encore faut-il que ce motif apparaisse raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer. Il faut par ailleurs relever que, pendant encore de nombreux mois, une partie plus ou moins grande des personnes non vaccinées n'aura pas encore eu accès à la vaccination en raison du programme progressif de vaccination mis en place par les autorités. La vaccination d'une personne sera ainsi, jusqu'à la fin de ce programme de vaccination, d'abord la conséquence d'une politique publique avant de pouvoir être celle d'un choix individuel. L'État devra en tenir compte avant d'introduire des différenciations selon le statut vaccinal pour les prestations qu'il fournit.

2.1.3 Nécessité d'une base légale

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.

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

2.2 Protection des données

2.2.1 Principes

Si une différenciation selon le statut vaccinal entraîne l'obligation de présenter une attestation de vaccination (sous forme papier ou électronique) pour accéder à une prestation étatique, alors cela porte atteinte au droit à l'autodétermination en matière d'informations personnelles (art. 13 al. 2 Cst. et art. 8 CEDH). Ce droit garantit que l'individu demeure en principe maître des données le concernant, indépendamment du degré de sensibilité effectif des informations en cause (ATF 138 II 346, consid. 8.2 p. 359). Toute restriction à un droit fondamental doit d'abord être fondée sur une base légale, les restrictions graves devant être prévues par une loi (art. 36 al. 1 Cst.).

Le statut vaccinal constitue une donnée en matière de santé, donc une donnée sensible au sens de l'art. 3 let. c ch. 2 de la loi fédérale sur la protection des données (LPD ; cf. aussi infra ch. 3.5). Si cette donnée devait être traitée par une autorité fédérale, une base légale formelle serait requise en vertu de l'art. 17 al. 2 LPD. Si en revanche le traitement devait être fait par une autorité cantonale – comme c'est ordinairement le cas dans le droit de la lutte contre les épidémies – la LPD n'est pas applicable. On peut laisser ouverte la question de savoir si le traitement de cette donnée par une autorité cantonale constituerait nécessairement une atteinte grave à l'art. 13 al. 2 Cst. La qualification des données en matière de santé comme données sensibles et l'exigence d'une base légale formelle pour leur traitement par une autorité sont en effet aussi usuelles au niveau cantonal (cf. aussi art. 37 LPD). Il faut donc s'attendre à ce que les autorités cantonales ne puissent pas non plus exiger la présentation d'une attestation de vaccination et contrôler ce statut sans une base légale formelle au niveau fédéral ou cantonal.

2.2.2 La loi sur les épidémies comme base légale ?

L'art. 58 al. 1 LEp permet à l'OFSP, aux autorités cantonales compétentes pour l'exécution de la LEp et aux institutions publiques ou privées qui accomplissent des tâches en vertu de cette loi de traiter ou faire traiter des données personnelles, y compris des données concernant la santé, pour autant qu'elles soient nécessaires à l'identification des personnes malades, présumées malades, infectées, présumées infectées ou qui excrètent des agents pathogènes dans le cadre de mesures de protection de la santé publique, afin notamment de détecter, surveiller ou combattre des maladies transmissibles. Dans la présente campagne de lutte contre le COVID-19, la notion de personne « présumée infectée » a été comprise de manière extensive ; elle inclut les personnes potentiellement infectées, puisqu'il suffit qu'existe un risque objectivé d'infection (cf. les mesures prises contre les cas contacts, ou les quarantaines concernant les voyageurs en provenance de certains pays).

Nous doutons que l'art. 58 al. 1 LEp puisse être interprété encore plus extensivement pour couvrir toutes les personnes non vaccinées, car l'art. 58 LEp ne permet pas de traiter des données personnelles sensibles de personnes au sujet desquelles on a aucun élément objectif justifiant un soupçon d'infection. On ne saurait en effet considérer que l'art. 58 al. 1 LEp permettrait déjà aujourd'hui de traiter des données en matière de santé de toute personne qui, en l'absence de tout indice concret, serait susceptible un jour d'être infectée, donc de quasiment toute la population en Suisse. A fortiori, il n'y a pas aujourd'hui de base légale formelle suffisante pour un registre fédéral des personnes vaccinées ou pour une attestation fédérale de vaccination. Si l'on voulait donc, dans le cadre des tâches étatiques, faire une différence entre les personnes vaccinées et les personnes non vaccinées, et par conséquent traiter des données sensibles à ce sujet, une base légale serait en principe nécessaire. L'art. 58 LEp permet seulement de s'enquérir du statut vaccinal d'une personne en présence d'un élément objectif justifiant un soupçon d'infection. De plus, seuls les

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

organes d'exécution de la LEp (par ex. les médecins cantonaux) sont habilités à traiter ces données aux conditions et dans les buts visés à l'art. 58 LEp.

3 Distinctions par les particuliers : autonomie privée

3.1 Survol

3.1.1 Le principe de la liberté contractuelle

Les relations entre particuliers sont régies par le principe de l'autonomie privée, selon lequel ils peuvent régler à leur gré leurs rapports juridiques. La liberté contractuelle, élément important de la liberté économique, est une des principales manifestations de l'autonomie privée. Elle comprend notamment la liberté de contracter, c'est-à-dire la liberté de conclure ou non un contrat (liberté de contracter positive ou négative) et de choisir son cocontractant (ATF 131 I 333, consid. 4, p. 339 ; 102 Ia 533, consid. 10a p. 542). La liberté contractuelle procède directement de la liberté économique et se base également sur la liberté personnelle (ATF 102 Ia 533, consid. 10a p. 542).

3.1.2 Les limites de la liberté contractuelle

Le principe de la liberté contractuelle connaît cependant quelques limites, dont les plus marquantes sont les obligations légales de contracter, les restrictions légales du choix du cocontractant sous forme d'interdictions de conclure certains contrats avec certaines personnes, les restrictions matérielles des art. 19 al. 2 et 20 al. 1 CO, le régime d'autorisation applicable à certains contrats auxquels il faut l'aval des autorités ou bien l'assentiment d'un tiers privé et, enfin, les prescriptions de forme légales.

Dans la présente discussion, il est principalement question de l'obligation de contracter, c'est-à-dire de l'obligation de conclure un contrat particulier avec une autre personne, qui bat en brèche la liberté de ne pas conclure un contrat.

Il existe de nombreux exemples d'obligation de contracter, applicables à des types de contrats spéciaux relevant généralement du droit public (voir infra ch. 3.2). En droit privé, on citera comme exemple l'obligation du propriétaire foncier de conclure un contrat de servitude dans certaines situations.

Une obligation de contracter peut se fonder, de manière générale et si l'on considère l'ensemble du droit des contrats, sur les bonnes mœurs (voir infra ch. 3.3), sur la protection de la personnalité (voir infra ch. 3.4) ou sur la loi sur les cartels (voir infra ch. 3.6). Un des aspects majeurs de la protection de la personnalité est la protection des données (voir infra ch. 3.5). L'évaluation de la portée pratique et des effets d'une restriction de la liberté contractuelle sur la base du statut vaccinal devra donc dans tous les cas reposer sur le postulat suivant : le droit de la protection des données doit permettre (ou pouvoir permettre) d'obtenir une information sur le statut vaccinal des personnes concernées, information qui est le point de départ indispensable de toute différenciation entre personnes vaccinées et non vaccinées.

3.2 Obligations sectorielles de fournir une prestation

Il existe dans certains domaines des règles de droit public qui obligent des prestataires privés à offrir leurs prestations à tous, limitant leur autonomie privée. Nous en citerons deux exemples.

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

3.2.1 Transport de personnes

L'obligation de transporter, énoncée à l'art. 12 de la loi sur le transport de voyageurs (RS 745.1), signifie que les entreprises de transport concessionnaires, par exemple les CFF, doivent en principe véhiculer tout passager. Le Conseil fédéral peut certes prévoir que cette obligation ne s'applique pas – ou qu'à certaines conditions – à des personnes ou des objets déterminés, pour des raisons d'hygiène ou de sécurité. Toutefois, au cours des débats parlementaires sur le message relatif à la modification de la loi sur le transport de voyageurs, les conseils législatifs ont conclu qu'il n'était pas admissible de restreindre l'obligation de transporter en excluant les fans de football faisant du tapage dans les trains. L'argument exprimé a été que le droit de prendre les transports publics était quasiment un « droit fondamental » et ne pouvait être restreint, y compris à l'encontre de fans de football excités qui vandalisent régulièrement les wagons et vont jusqu'à paralyser le trafic (voir les interventions Aebischer et Glättli, BO 2014 N 297 s.). Les deux conseils ont refusé d'entrer en matière à une nette majorité et l'objet a été renvoyé au Conseil fédéral.

3.2.2 Hôtellerie-restauration

La liberté contractuelle s'applique également dans le secteur de l'hôtellerie-restauration. Le chef d'entreprise peut en principe accueillir et servir qui il veut. Certains cantons (SO et GE par ex.) prévoient cependant une obligation légale expresse de servir tout client, à moins que celui-ci ne soit manifestement incapable de payer ou ne se comporte de manière inconvenante. Dans ces cantons, un restaurateur ne pourrait pas prévoir qu'il ne sert que des personnes vaccinées sans une adaptation préalable de la loi.

3.3 Obligation de contracter fondée sur les bonnes mœurs (art. 20 CO)

Le Tribunal fédéral estime que le principe des bonnes mœurs visé à l'art. 20 CO peut fonder non seulement l'interdiction de conclure un contrat contraire aux mœurs mais aussi, dans certaines circonstances, un devoir de conclure un contrat ayant un certain contenu. A l'origine, il a reconnu l'existence d'un tel devoir dans un cas de position dominante sur le marché, lorsqu'un refus sans justification objective lèserait ou menacerait des intérêts vitaux de la personne concernée (ATF 80 II 26, consid. 4c p. 37). Dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a souligné que les obligations de contracter avaient un caractère très exceptionnel et ne devaient être admises qu'avec la plus grande réserve (ATF 129 III 35, consid. 6.3 p. 45). Il a toutefois assoupli les conditions de ces obligations, qu'il décrit comme suit (ATF 129 III 35, 45 s. avec des renvois à la doctrine):

"Eine Kontrahierungspflicht auf dieser Grundlage setzt erstens voraus, dass ein Unternehmer seine *Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich anbietet*. Der Bereich des rein privaten Güteraustausches ist von einer Kontrahierungspflicht zum Vorneherein ausgenommen. Zweitens kann sich der Kontrahierungszwang nur auf Güter und Dienstleistungen beziehen, die zum *Normalbedarf* gehören. Dazu zählen Güter und Leistungen, die heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen und im Alltag in Anspruch genommen werden. Die Beschränkung der Kontrahierungspflicht auf "lebenswichtige" - d.h. für das nackte Überleben notwendige - Güter und Leistungen (so noch BGE 80 II 26 E. 4c S. 37) scheint zu eng. Drittens kann ein Kontrahierungszwang nur angenommen werden, wenn dem Interessenten aufgrund der starken Machtstellung des Anbieters *zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs fehlen*. Von einer solchen Machtkonstellation ist dann auszugehen, wenn entweder nur ein einziger Anbieter zureichend erreichbar ist, oder wenn sich alle in Frage kommenden Anbieter gegenüber dem Interessenten gleichermassen ablehnend verhalten. Und viertens kann von einer Kontrahierungspflicht nur dann ausgegangen werden,

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

wenn der *Unternehmer keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung* des Vertragsabschlusses anzugeben vermag."

Traduction : L'obligation de contracter ainsi fondée présuppose premièrement qu'une entreprise *offre ses marchandises ou ses services de manière générale et publique*. Le simple échange de biens à titre privé est a priori excepté de toute obligation de contracter. Deuxièmement, l'obligation de contracter ne peut s'appliquer qu'à des biens et services correspondant aux *besoins courants*. En font partie les biens et services dont pratiquement tout un chacun bénéficie aujourd'hui et qui sont utilisés au quotidien. Restreindre l'obligation de contracter aux biens et services « de première nécessité » - c'est-à-dire ceux qui sont nécessaires à la simple survie – (comme le faisait encore l'ATF 80 II 26 consid. 4c p. 37) semble trop limitatif. Troisièmement, l'obligation de contracter ne peut être admise que si l'intéressé, du fait que le fournisseur des biens et services se trouve nettement en position de force, *n'a pas d'autres possibilités de satisfaire ses besoins courants*, telles que l'on puisse raisonnablement l'attendre de lui. Il y a un déséquilibre du rapport de force de ce type soit lorsque le fournisseur est le seul suffisamment accessible, soit lorsque tous les fournisseurs auxquels l'intéressé peut recourir lui refusent la prestation de manière similaire. Enfin, quatrièmement, il ne peut y avoir obligation de contracter que si l'entreprise *n'est pas en mesure de faire valoir de justifications objectives de son refus* de conclure le contrat.

Il n'est pas possible d'appliquer telles quelles ces conditions dans le contexte qui nous occupe ici. Il faut en tout état de cause tenir compte de tous les éléments et en particulier des intérêts en présence dans le cas d'espèce. Cependant, plusieurs de ces conditions peuvent faire l'objet d'une appréciation générale. Par exemple, les biens et services correspondant aux besoins courants peuvent être déterminés selon des critères objectifs ; les « denrées alimentaires et autres biens de première nécessité et de consommation courante » qui font l'objet de l'annexe 2 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière du 13 janvier 2020 remplissent en principe ces conditions. A l'inverse, des prestations de service ayant pour seul but le divertissement ne sauraient y satisfaire.

Dans la situation actuelle, il faut partir du principe que les motifs économiques de l'entreprise peuvent aussi être considérés comme des motifs objectivement justifiés de refus, par exemple si, sans preuve de vaccination, une manifestation ne peut pas du tout avoir lieu ou que son public doit en être drastiquement réduit. Une entreprise peut en particulier se prévaloir de motifs de refus ayant une justification objective lorsqu'il est possible, voire nécessaire, de différencier entre les personnes vaccinées et non vaccinées au regard des règles applicables aux plans de protection (voir ch. 4.3).

3.4 Obligation de contracter fondée sur la protection de la personnalité (art. 27 ss CC)

3.4.1 Atteinte à la personnalité

La liberté de contracter ne doit pas être utilisée abusivement pour exclure du contrat certains intéressés en raison d'une caractéristique particulière ou de l'exercice d'un droit inhérent à la personnalité, sans justification objective (art. 28 al. 2 CC). Les différences de traitement discriminatoires reposant par exemple sur le sexe, la race, l'âge, l'état de santé, les préférences sexuelles, la religion, la nationalité, l'opinion politique ou l'exercice de droits constitutionnels peuvent représenter une atteinte à la personnalité contraire au droit et donc interdite.

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

Toute inégalité de traitement n'est cependant pas une atteinte illicite à la personnalité : d'abord, l'atteinte doit être d'une certaine intensité et viser ou entraîner l'abaissement ou l'exclusion de la personne concernée. Ensuite, elle doit être dirigée contre une personne déterminée.

3.4.2 Motif justificatif

L'atteinte à la personnalité peut être justifiée, exceptionnellement, par un intérêt privé ou public prépondérant ou bien par la loi, conformément à l'art. 28 al. 2 CC.

Dans les rapports juridiques entre acteurs privés, des restrictions d'accès ou autres différenciations sur la base du statut vaccinal peuvent donc être licites, étant entendu qu'une pesée des intérêts doit avoir lieu dans le cas d'espèce. Il faut tenir compte de toutes les circonstances : du côté du fournisseur de la prestation, la possibilité qu'il a de prévoir d'autres mesures de protection, de même que sa situation personnelle et économique ; du côté du client, en premier lieu l'importance pour lui de la prestation contractuelle en jeu et la possibilité qu'il a de se la procurer d'une autre manière.

En conclusion, la ligne de crête entre d'un côté la liberté de contracter et de l'autre l'interdiction des atteintes à la personnalité n'est pas nettement définie. Il n'est guère possible de la déterminer en termes généraux ; il convient de considérer séparément chaque cas d'espèce.

3.4.3 Mise en œuvre de l'obligation de contracter

La mise en œuvre de l'obligation de contracter est en théorie possible. En vertu de l'art. 28a CC, la personne atteinte peut demander l'interdiction, la cessation ou la constatation de l'atteinte ainsi que des dommages-intérêts et une indemnité pour tort moral. Un effet direct sur le contrat est donc potentiellement possible (cessation de l'atteinte par la conclusion du contrat ou par la suppression de la clause incriminée), mais l'atteinte doit être encore d'actualité au moment du jugement et toucher personnellement et individuellement la partie qui a intenté l'action. L'on peut supposer que l'actualité de l'atteinte ne sera plus donnée dans beaucoup de situations, si bien que la conséquence la plus réaliste sera le versement d'une indemnité.

3.5 Protection des données

Selon le Tribunal fédéral, le droit de la protection des données complète et concrétise la protection de la personnalité garantie par le code civil (notamment l'art. 28 CC) (ATF 138 II 346 consid. 8 p. 358 ; voir ch. 3.4). Le traitement de données relatives à une personne touche toujours les droits de la personnalité de cette personne, et notamment son droit à l'autodétermination informationnelle ou, autrement dit, son droit à la libre disposition de ses propres données. La LPD précise et concrétise les règles générales relatives à la protection de la personnalité entre autres par des principes régissant le traitement de données et par des dispositions particulières en matière d'atteinte à la personnalité et de motifs justificatifs.

3.5.1 Caractère sensible des données sur la santé

Si une entreprise privée demande à une personne si elle est vaccinée contre le COVID 19, cela représente un traitement de données – plus précisément une collecte de données – au sens de l'art. 3, let. e, LPD, qu'elle demande ce renseignement par oral ou bien qu'elle exige une preuve physique ou numérique de la vaccination.

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

L'art. 3, let. c, ch. 2, LPD classe les données sur la santé parmi les données sensibles. Cette catégorie comprend toutes les informations susceptibles de renseigner directement ou indirectement sur l'état de santé physique ou psychique d'un individu. Etant donné cette définition large, le statut vaccinal doit être considéré comme une donnée sensible.

Les personnes privées peuvent en principe traiter des données personnelles, y compris des données sensibles, sans qu'il leur soit nécessaire d'y être habilitées par la loi ou de recueillir le consentement de la personne concernée. Si elles portent atteinte à la personnalité de l'intéressé (voir ch. 3.5.2), elles doivent cependant pouvoir faire valoir un motif justificatif (voir ch. 3.5.3).

3.5.2 Atteinte à la personnalité

Le traitement des données personnelles n'est pas forcément une atteinte à la personnalité. Il y a atteinte à la personnalité seulement lorsqu'il touche avec une certaine intensité au droit de la personne de disposer de ses propres données.

L'art. 12, al. 2, LPD nomme trois cas de figure dans lesquels le législateur considère qu'il y a toujours atteinte à la personnalité : celui où les données sont traitées en violation des principes de la légalité, de la bonne foi, de la proportionnalité, de la finalité, de la reconnaissabilité, de l'exactitude et de la sécurité des données, tels qu'ils sont définis par le droit de la protection des données (let. a) ; celui où les données sont traitées contre la volonté expresse de la personne concernée (let. b) ; enfin, celui où des données sensibles ou des profils de la personnalité sont communiquées à des tiers (let. c). Cette énumération n'est toutefois pas exhaustive. La façon dont les données personnelles sont traitées ou les circonstances du traitement peuvent donner lieu à une atteinte à la personnalité. Il n'est donc pas possible de déterminer dans l'abstrait si se procurer des données sur la vaccination contre le COVID-19 d'une personne porte atteinte à sa personnalité ; cela dépend de la façon dont les données sont traitées concrètement et de ce qui en résulte.

On peut considérer qu'il y aura atteinte à la personnalité en particulier si le principe de proportionnalité n'est pas respecté (art. 4, al. 2, LPD). Tant le but que la manière du traitement de données doivent être conformes à ce principe (ATAF 2009/44 consid. 3.1 p. 628). Ce n'est pas le cas par exemple si une boutique en ligne demande à ses clients s'ils sont vaccinés, en se réclamant de la protection de la santé. Dans de nombreux cas dans lesquels la question est légitime du point de vue de la protection sanitaire, il est vraisemblablement suffisant de savoir si la personne est vaccinée ou non. Il serait disproportionné (et donc illicite sans motif justificatif) de conserver les données plus longtemps que le strict nécessaire, de les traiter et, pire encore, de les apparier à d'autres données. La personne qui souhaite collecter les données doit en outre considérer si d'autres mesures appropriées, exigeant un traitement de données moins important ou n'en exigeant pas du tout, permettraient de parer à la transmission du coronavirus.

Une entorse au principe de la finalité représenterait aussi une atteinte à la personnalité (art. 4, al. 3, LPD). Ce principe veut que les données relatives au statut vaccinal ne puissent être traitées que dans le but annoncé au moment où elles sont recueillies ou bien découlant des circonstances (par ex. l'accès à une prestation ou à un local) ; les traiter à d'autres fins (par ex. pour cibler des annonces publicitaires) constituerait une atteinte à la personnalité.

De plus, les personnes concernées peuvent interdire en tout temps et sans conditions le traitement des données relatives à leur statut vaccinal. Continuer de traiter ces données serait une atteinte à leur personnalité, quelle qu'en soit la façon ou le but.

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

Enfin, la communication à des tiers des données relatives au statut vaccinal, qui sont des données sensibles, est une atteinte à la personnalité (en effet, on voit mal comment leur transmission pourrait être nécessaire).

Quant à savoir dans quelles conditions le refus de l'accès à des biens et services ou le frein mis à cet accès est disproportionné ou constitue une atteinte à la personnalité ou aux bonnes mœurs, voir les ch. 3.3 et 3.4.

3.5.3 Motifs justificatifs

3.5.3.1 Principes

Si le traitement des données relatives au statut vaccinal d'une personne porte atteinte à la personnalité de cette dernière sans reposer sur un motif justificatif, il est illicite (art. 12, al. 1, LPD). Selon l'art. 13, al. 1, LPD, ces justifications peuvent être le consentement de la victime, un intérêt prépondérant privé ou public, ou la loi. Il faut néanmoins garder à l'esprit que s'il n'est pas exclu de manière générale de justifier une violation des principes du droit de la protection des données, il faut, selon le Tribunal fédéral, faire montre d'une grande retenue dans les cas concrets (ATF 136 II 508 consid. 5.2.4 p. 521).

3.5.3.2 Consentement

Les entreprises privées pourront généralement s'informer auprès de la personne elle-même si celle-ci a été ou non vaccinée (et non auprès de tiers). Le consentement de cette personne sera donc certainement le premier des motifs justificatifs. Toutefois, le fait qu'elle donne cette information ne suffit pas à conclure à un consentement valable. Selon l'art. 4, al. 5, LPD, la personne doit avoir exprimé sa volonté librement et après avoir été dûment informée (1^{re} phrase). Comme le statut vaccinal est une donnée sensible, le consentement doit être explicite (2^e phrase). Un consentement tacite ne suffit pas.

Le consentement peut-il être donné librement si la personne qui traite les données subordonne l'exécution de sa prestation à l'obtention du statut vaccinal de la personne concernée ? Pour répondre à cette question, il faudra examiner de plus près, dans chaque cas, les circonstances du traitement de données. De manière générale, on peut toutefois dire que ce n'est pas parce qu'une personne voit son libre choix restreint que l'on doit absolument nier qu'elle ait décidé librement. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce ne serait le cas que si elle était menacée, en cas de refus, d'inconvénients qui n'ont aucun lien avec le but du traitement de données ou qui sont hors de proportion avec ce dernier (ATF 138 I 331 consid. 7.4.1 p. 344). Ainsi, l'inconvénient résultant du refus de l'accès à une manifestation sportive ne peut pas être jugé de la même façon que celui résultant du refus de l'accès à des biens et services de consommation courante (voir ch. 3.3). Pour le formuler autrement, la personne concernée a consenti contre son gré lorsqu'il n'existait pas d'alternative raisonnablement exigible (voir ATAF 2009/44 consid. 4.2). Un exemple d'une telle alternative serait que, à défaut d'attestation de vaccination, le prestataire propose ou accepte d'autres mesures de protection, par exemple en laissant le choix entre une preuve de la vaccination ou le port du masque. Une autre solution pourrait également consister dans la possibilité d'obtenir la même prestation auprès de tiers, à des conditions raisonnables. Une attention particulière est requise dans l'appréciation du libre consentement lorsqu'il existe une relation de dépendance ou un déséquilibre du rapport de force entre la personne qui traite les données et celle dont les données sont traitées.

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

3.5.3.3 Intérêt privé prépondérant

Un traitement de données portant atteinte à la personnalité peut aussi être justifié par un intérêt privé prépondérant. On met alors en balance les intérêts au traitement des données et l'intérêt de la personne concernée à ne pas subir d'atteinte à la personnalité. Le traitement des données peut se voir justifié en principe par tout intérêt privé digne de protection, soit tout intérêt d'une valeur généralement reconnue.

En particulier, traiter des données pour assurer sa propre sécurité ou pour préserver la santé est digne de protection. Les intérêts purement économiques, tels qu'organiser le traitement de données de manière la plus efficace possible ou bien optimiser le déroulement des affaires, peuvent aussi entrer en ligne de compte. Les considérations de profit peuvent également constituer un intérêt digne de protection. Les exemples cités à l'art. 13, al. 2, LPD donnent une indication de ce que peut être un intérêt légitime (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4232/2015 du 18 avril 2017, consid. 5.4.2.1).

Sur la base de ces considérations, il est possible de déduire divers intérêts légitimes au traitement de données relatives à la vaccination contre le COVID-19. Une entreprise peut notamment recueillir ces données pour protéger de la contamination son personnel ou sa clientèle. L'objectif de reprendre une activité économique ou d'assouplir les restrictions en place est également à considérer, bien qu'il faille alors prendre en compte la possibilité de prendre d'autres mesures de protection, ou de recueillir moins de données. A tous ces intérêts s'oppose l'intérêt de la personne concernée à son intégrité. Celle-ci est par définition digne de protection, mais il faut là considérer à quel degré elle l'est en fonction d'autres facteurs, notamment de la gravité de l'atteinte à la personnalité (voir ch. 3.5.2) ou de la relation entre la personne qui traite les données et celle dont les données sont traitées. Pour savoir ce qui l'emporte des intérêts de l'une ou de l'autre, il est nécessaire, dans chaque cas d'espèce, de considérer toutes les circonstances et d'apprécier tous les intérêts en présence.

3.5.3.4 Intérêt public prépondérant

Il peut aussi y avoir un intérêt public prépondérant au traitement de données, c'est-à-dire l'intérêt de la collectivité ou d'une majorité de personnes, dont celui qui traite les données est en quelque sorte le représentant. Parmi les plus importants de ces intérêts publics se trouvent les intérêts de police que sont la sécurité et l'ordre public ainsi que la santé publique. A titre d'exemple, la doctrine estime que le fait, pour l'organisateur d'une manifestation sportive, de traiter des données pour assurer la sécurité de l'événement répond à un intérêt public.

L'intérêt public au traitement de données doit être mis en balance avec l'intérêt à la protection des données de la personne concernée. Nous renvoyons sur ce point aux explications fournies au ch. 3.5.3.3. Certes, la pesée des intérêts doit prendre en compte le fait que l'intérêt public est celui de plus d'une personne, mais cela ne veut pas encore dire qu'il a forcément plus de poids. L'intérêt particulier de la personne lésée par le traitement de données peut, dans un cas particulier, être plus important ou du moins d'égale portée.

3.5.3.5 Loi

Enfin, une atteinte à la personnalité peut être justifiée si le traitement de données qui la cause est prévu, autorisé ou implicitement voulu par la loi. Plus il empiète sur les droits de la personnalité de l'intéressé, plus le degré normatif de la disposition visée doit être élevé. En droit public, le législateur distingue notamment entre les données personnelles ordinaires - pour lesquelles une disposition au niveau de l'ordonnance suffit - et les données sensibles - qui requièrent une base légale formelle (voir art. 17 LPD). La cohérence pousserait à faire

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

la même distinction lorsqu'il est question de traitement de données par des personnes privées. Actuellement, il n'existe aucune base légale formelle ou matérielle pour le traitement, par des personnes privées, de données sur le statut vaccinal.

3.6 Obligation de contracter de la loi sur les cartels

Selon l'art. 13, let. b, LCart, le juge civil peut, à la requête du demandeur, enjoindre à celui « *qui est à l'origine d'une entrave à la concurrence [de] conclure avec celui qui la subit des contrats conformes au marché et aux conditions usuelles de la branche* ». La disposition s'applique cependant aux entreprises dominant le marché au sens de l'art. 4, al. 2, LCart qui se livrent à une pratique illicite au sens de l'art. 7 LCart, en particulier le refus d'entretenir des relations commerciales. Il faut noter en outre que l'art. 8 LCart prévoit la possibilité d'autoriser ces pratiques à titre exceptionnel lorsqu'elles sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants.

4 Options législatives pour la Confédération

4.1 Situation de départ : limitations indifférenciées de libertés

4.1.1 Limitations

La Confédération a introduit dans ses ordonnances relatives au COVID-19 de nombreuses règles très restrictives qui visent à éviter les infections et par là à maintenir les capacités du système de santé. Ces règles comportent des atteintes parfois massives aux droits fondamentaux pour les particuliers et les entreprises. Quelques exemples :

– pour les particuliers :

- refus d'entrée en Suisse pour certains étrangers (art. 4 Ordonnance 3, RS 818.101.24)
- quarantaine à l'entrée en Suisse (Ordonnance COVID-19 mesures dans le domaine du transport international de voyageurs, RS 818.01.27)
- interdiction des manifestations de plus de 5 (50) personnes sauf si la manifestation a un caractère politique (art. 6 Ordonnance COVID-19 situation particulière, RS 818.101.26)
- interdiction des activités culturelles en groupe de plus de 5 personnes (art. 6f Ordonnance COVID-19 situation particulière)
- interdiction des activités sportives non professionnelles (art. 6e Ordonnance COVID-19 situation particulière)
- interdiction d'une grande partie des activités en présentiel dans les établissements de formation (art. 6d Ordonnance COVID-19 situation particulière)
- Interdiction d'organiser des répétitions et des représentations de chœurs ou impliquant des chanteurs (art. 6f Ordonnance COVID-19 situation particulière)

– pour les entreprises :

- Obligation d'avoir un plan de protection (art. 4 Ordonnance COVID-19 situation particulière)
- Interdiction de l'exploitation des établissements de restauration, bars, boîtes de nuit, discothèques et salles de danse (art. 5a Ordonnance COVID-19 situation particulière)
- Exigence d'une autorisation pour exploiter un domaine skiable (art. 5c Ordonnance COVID-19 situation particulière)
- Fermeture des installations et établissements accessibles au public des domaines de la culture, du divertissement, des loisirs et du sport (art. 5d Ordonnance COVID-19 situation particulière)

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

- Fermeture des magasins et marchés extérieurs (art. 5e Ordonnance COVID-19 situation particulière)
- Interdiction d'activités présentielle dans les établissements de formation (art. 6d Ordonnance COVID-19 situation particulière)
- Interdiction d'une partie des activités sportives commerciales même extérieures (art. 6e Ordonnance COVID-19 situation particulière)
- Possibilité d'imposer des obligations aux hôpitaux et cliniques (art. 25 Ordonnance 3)
- Limitation du cercle des entités habilitées à effectuer des tests rapides SARS-CoV-2 (art. 24 Ordonnance 3)

– Collectivités publiques :

- Plan de protection pour les stations d'hiver (art. 5b Ordonnance COVID-19 situation particulière)
- Activités présentielle dans les établissements publics de formation (art. 6d Ordonnance COVID-19 situation particulière)

4.1.2 Egalité de traitement et obligation de différenciation

Les restrictions susmentionnées s'appliquent en principe à toutes les personnes, sans distinction selon le risque que les personnes ont de transmettre le virus. Elles reposent en effet sur la présomption que toute personne est potentiellement porteuse du virus et susceptible de le transmettre. Déjà aujourd'hui, presque un demi-million de personnes ont été atteintes par le SARS-CoV-2 lors de la deuxième vague depuis l'été 2020 et sont considérées comme ayant un risque de réinfection et donc de transmission beaucoup plus faible que le reste de la population. Si les vaccins ont également pour effet de réduire considérablement le risque que la personne vaccinée puisse s'infecter et transmettre le virus, il y aura toujours plus de personnes qui ne rempliront pas la condition implicite d'être potentiellement porteuse du virus et susceptible de le transmettre.

Il importe de rappeler ici que le principe de l'égalité 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 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.

Les différences de traitement peuvent se fonder sur des différences de la situation de fait (ici : personnes vaccinées et personnes non vaccinées) ; elles peuvent aussi être une conséquence du fait que l'on poursuit des objectifs législatifs extrinsèques. Le motif extrinsèque d'une différence de traitement – ou du traitement similaire de faits dissemblables – peut être la mise en œuvre d'intérêts publics, au prix d'une restriction du principe d'égalité. On pourrait imaginer de renoncer sciemment à faire une différence entre vaccinés et non-vaccinés – par exemple pour éviter des conflits et par solidarité. Si la différenciation (ou la

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

non-différenciation de cas dissemblables) repose sur des objectifs de réglementation extrinsèques, il faut examiner si cet objectif lui-même est admissible et si les moyens que le législateur met en œuvre pour l'atteindre sont conformes au principe de proportionnalité (ATF 136 I 1 consid. 4.3.2 p. 8). Le législateur dispose d'une grande marge de manœuvre dans l'appréciation des intérêts en présence.

4.1.3 Le principe de proportionnalité

Avant même qu'une obligation constitutionnelle de différenciation ne découle du principe d'égalité, il faudra encore s'interroger si une solution plus différenciée ne permettrait pas de réduire les atteintes aux droits fondamentaux et ne serait pas requise du point de vue de la proportionnalité.

Toute restriction d'un droit fondamental doit se fonder sur une base légale, répondre à un intérêt public ou protéger les droits fondamentaux de tiers et être conforme au principe de proportionnalité.

Le principe de proportionnalité doit être examiné au regard de l'intérêt public en cause : en d'autres termes, il faut se demander si la restriction envisagée est nécessaire et adéquate pour réaliser le but d'intérêt public visé et si elle répond à l'exigence de proportionnalité au sens strict, c'est-à-dire si elle est raisonnable. Si une restriction des droits fondamentaux, initialement conforme au principe de proportionnalité, perd ce caractère avec le temps, parce que le but visé peut être atteint par des mesures moins incisives, les dispositions prises doivent être modifiées. Il est toutefois concevable que le législateur puisse ou doive renoncer à cette adaptation, de prime abord nécessaire, pour d'autres raisons. Ce pourrait être le cas si d'autres intérêts justifiant un maintien des mesures pesaient davantage dans la balance – on a suivi un raisonnement similaire concernant le principe d'égalité. Ici aussi, l'intérêt qu'il y a à éviter des conflits ou à préserver la solidarité sociale pourrait être déterminant. La crainte que les personnes non vaccinées soient moins prêtes à suivre les mesures de protection qui seraient encore applicables uniquement pour elles pourrait aussi être pertinent. L'appréciation de ces intérêts incombe en premier lieu au législateur, qui dispose d'une grande marge de manœuvre.

Pour les personnes qui souhaitent se faire vacciner, l'accès à la vaccination équivaut à l'octroi d'un avantage si la vaccination supprime le risque d'infection ou réduit au moins le risque de conséquences graves. Coupler cet avantage sanitaire avec l'octroi d'allègements sociétaux et économiques démultiplie les inégalités liées à celle de l'accès à la vaccination. Cela crée donc une société à deux vitesses dont la sélection est faite (temporairement) essentiellement par les autorités au travers du programme de vaccination. Il faudra dès lors en tenir compte dans la pesée des intérêts en jeu.

L'analyse qui suit ne se penche que sur certaines constellations exemplaires et n'a aucune prétention à l'exhaustivité.

4.2 Exemple : réglementation en matière de quarantaine

Le Conseil fédéral a révisé le 27 janvier 2021 avec entrée en vigueur le 8 février 2021 les règles sur la quarantaine, tant pour celle consécutive à un contact étroit avec une personne infectée que celle après l'entrée en Suisse en provenance d'un pays présentant un risque élevé d'infection. Pour la première fois, ces règles ont introduit une exception expresse pour les personnes peuvent fournir la preuve qu'elles ont déjà contracté le SARS-CoV-2 au

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

cours des trois derniers mois et qu'elles sont considérées comme guéries (art. 3d al. 2 let. a Ordonnance COVID-19 situation particulière ; art. 8 al. 1 let h. de l'ordonnance du 27 janvier 2021 COVID-19 mesures dans le domaine du transport international de voyageurs). Selon le rapport explicatif, cette exception était motivée par le fait que les personnes guéries présentent une certaine immunité et un faible risque de réinfection dans le délai fixé à trois mois. L'idée sous-jacente est que 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.

A fortiori, ce raisonnement devrait s'appliquer aux personnes vaccinées si, conformément à l'hypothèse suivie par la présente note, il était démontré que ces personnes avaient aussi un risque faible ou inexistant de transmettre le virus. Concernant les personnes présumées infectées, le traitement de données relatives au statut vaccinal par les organes d'exécution de la LEp (notamment les médecins cantonaux) pourrait se fonder sur l'art. 58 LEp, aux conditions exposées au ch. 2.2.2. On relèvera que le Canton des Grisons a estimé pouvoir déjà se fonder sur la clause d'exception très générale prévue pour les « cas fondés » (art. 4 al. 3 de l'ordonnance COVID-19 mesures dans le domaine du transport international de voyageurs ; cf. aussi art. 8 al. 4 de la version du 27 janvier 2021 de cette ordonnance) afin d'exempter les voyageurs vaccinés de l'obligation de quarantaine.

4.3 Exemple : l'économie

4.3.1 Différenciations comme réduction des limitations actuelles

Actuellement, de nombreuses mesures prises pour limiter la pandémie de COVID-19 et ses effets délétères sur le système de santé impliquent la fermeture d'entreprises ou la limitation sévère de l'accès aux prestations de ces entreprises. Les mesures touchent les particuliers en les empêchant d'accéder à des prestations (telles que la consommation dans les restaurants) ou en fixant des modalités compliquant l'accès à ces prestations (telles que l'obligation d'opter pour le service en takeaway). Pour les entreprises, les mesures comportent une atteinte grave à la liberté économique en les empêchant d'exercer de manière rentable leur activité économique (par exemple en interdisant à un club de football, un orchestre ou un théâtre de jouer devant un public payant de plus de 5 personnes).

Le but de prévenir les infections pour sauvegarder le fonctionnement du système de santé ne justifierait guère l'interdiction de fournir des prestations privées à une clientèle dont le risque d'infection et de transmission du virus est très faible. Si cette clientèle n'est pas un vecteur important de diffusion de l'épidémie, le principe de proportionnalité peut requérir une application différenciée. Une telle différenciation réduirait l'atteinte à la liberté économique des entreprises fournissant les prestations privées. Elle réduirait aussi les limitations pour les personnes vaccinées. En tant que telle, la situation juridique des personnes non vaccinées resterait inchangée puisque leur accès à la prestation privée resterait limité ou exclu.

Il faut néanmoins relever qu'avant d'envisager la levée partielle d'une mesure pour les personnes vaccinées il faudra procéder à un réexamen de la proportionnalité de la mesure de base. Un assouplissement ou une suppression de la mesure pour les personnes vaccinées ne légitime pas un maintien de la mesure au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour les autres personnes. Par exemple, il ne suffirait pas que les restaurants puissent accueillir les personnes vaccinées pour que la fermeture des restaurants puisse être maintenue pour les personnes non vaccinées si l'intérêt public justifiant la fermeture (protéger le système de soins) n'est plus prépondérant par rapport à l'intérêt des restaurateurs à pouvoir pleinement exercer leur activité économique. Plus généralement, à mesure que le danger que l'intérêt public poursuivi vise à prévenir diminue, les mesures très restrictives de protection seront

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

toujours moins nécessaires, de sorte que la nécessité de différenciations selon le statut vaccinal se réduira d'autant.

4.3.2 Modalités

Là où le droit en vigueur interdit une activité ou ne la permet qu'avec des critères exprès ne laissant pas de place à une différenciation entre les personnes vaccinées et les autres, seule une modification de ce droit pourrait ouvrir la porte à de telles différenciations. Cette modification pourrait prendre différentes formes :

4.3.2.1 Levée de mesures avec possibilité de différenciation

Une première forme serait la levée générale de la mesure telle que la fermeture obligatoire tout en posant des exigences strictes à la prévention des infections par les plans de protection. Dans cette hypothèse, l'État agit comme règlementateur de l'activité privée, mais il n'imposerait pas lui-même une différenciation selon le statut vaccinal, puisqu'il se limiterait à la rendre possible. Les exploitants privés concernés pourraient alors user de leur autonomie contractuelle pour différencier dans leurs plans de protection selon le statut vaccinal, par exemple pour alléger les charges imposées par la prévention des infections. Ce faisant, ils seraient soumis aux limites de leur autonomie contractuelle telles qu'exposées plus haut (ch. 3.1.2).

Le Conseil fédéral pourrait choisir de s'abstenir d'intervenir dans l'usage de différenciations selon le statut vaccinal par les exploitants privés en considérant que les limites générales découlant du droit privé et du droit de la protection des données suffisent. Il pourrait toutefois aussi à l'inverse se fonder sur l'art. 35 al. 3 Cst. pour fixer dans l'ordonnance COVID-19 situation particulière un cadre à l'utilisation par les exploitants privés des plans de protection pour faire des différenciations selon le statut vaccinal. Lorsqu'il légifère, le Conseil fédéral doit en effet veiller à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux (cf. art. 35 al. 1 Cst). On pourrait ainsi imaginer qu'il exclue les différenciations selon le statut vaccinal dans des domaines particulièrement sensibles.

4.3.2.2 Levée de mesures avec obligation de différenciation

Si l'État oblige les exploitants privés à différencier selon le statut vaccinal dans leurs plans de protection, il exerce une tâche étatique et est tenu de respecter les droits fondamentaux comme pour une mesure applicable directement. Il lui appartient de veiller à ce que la différence de traitement reste conforme au principe d'égalité, même si c'est finalement un acte privé, à savoir le plan de protection, qui actualise la distinction. Les exploitants privés resteraient par ailleurs soumis aux limites de leur autonomie contractuelle telles qu'exposées plus haut (ch. 3.1.2) lors de l'élaboration et la mise en œuvre des plans de protection.

La levée de mesures avec obligation de différenciation peut elle-même prendre deux formes distinctes :

4.3.2.2.1 Levée de mesures pour les personnes vaccinées

L'État pourrait lever les restrictions pour le cercle des personnes vaccinées, par exemple en conditionnant la réouverture des bars à l'exigence que le plan de protection prévienne que tant les clients que le personnel doivent être vaccinés.

4.3.2.2.2 Levée de mesures de manière différenciée pour les personnes vaccinées et celles non vaccinées

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

Le principe de proportionnalité oblige l'État à choisir la mesure qui porte le moins atteinte aux droits fondamentaux. Cela pourrait conduire à une levée de restrictions qui serait différenciée selon le statut vaccinal. Un exemple : si l'on pouvait atteindre l'objectif de limiter les infections en différenciant, à l'instar des locaux fumeurs au sens de la législation fédérale sur la protection contre le tabagisme passif, entre des espaces ouverts aux personnes vaccinées et ceux ouverts aux personnes non vaccinées avec un aménagement différent, l'octroi d'une telle possibilité devrait être préférée au maintien de la fermeture impérative pour les personnes non vaccinées.

4.3.3 Champ d'application des différenciations

L'admissibilité de différenciations selon le statut vaccinal doit aussi être analysée en fonction du domaine concerné par les prestations ou les biens en cause.

Pour les biens ou prestations de consommation courante, en particulier ceux dont la fourniture a dû être assurée déjà dans le cadre des mesures restrictives actuelles, une exclusion d'accès en fonction du statut vaccinal n'entre pas en ligne de compte. Une telle mesure ne réduirait pas les limitations actuelles ; elle les renforcerait en excluant nouvellement une part de la population.

Pour les biens ou prestations qui ne relèvent pas de la consommation courante, une différenciation selon le statut vaccinal est envisageable, surtout comme alternative partielle à une interdiction. Des limites peuvent toutefois découler d'autres règles constitutionnelles. Ainsi, une limitation des examens et traitements non urgents dans les hôpitaux et cliniques (art. 25 al. 2 Ordonnance 3) ne pourrait pas être appliquée en fonction du statut vaccinal sans heurter le but social de permettre à toute personne de bénéficier des soins nécessaires à sa santé (art. 41 al. 1 let. b Cst.).

4.3.4 Exigences en matière de praticabilité

Comme relevé plus haut, des motifs de praticabilité et de sécurité du droit peuvent justifier le schématisme d'une absence de distinction (ch. 2.1 et 4.1). Ces mêmes motifs posent également une limite à l'introduction de différenciations selon le statut vaccinal. Une obligation de différenciation ne peut en effet être imposée que si elle est susceptible d'être mise en œuvre par les destinataires de la norme.

Une différenciation selon le statut vaccinal présuppose d'abord que les personnes doivent communiquer leur statut pour accéder à des prestations privées. Au regard des exigences mentionnées plus haut en matière de protection des données (cf. supra ch. 3.5.3.5), une base légale instituant une justification pour pouvoir demander de telles données en matière de santé serait envisageable pour faciliter aux acteurs économiques l'application de différenciations. Il serait néanmoins douteux qu'une telle base légale spécifique apporte un réel avantage par rapport à la réglementation générale de la LPD qui, de par son haut degré d'abstraction, s'adapte mieux aux multiples situations concrètes qu'une réglementation plus rigide.

Une obligation de différenciation ne doit pas limiter de manière excessive l'exercice de l'activité économique. Même si elle constitue un allègement par rapport à la fermeture prévue en droit actuel, cet allègement ne doit pas entraîner des complications telles qu'il serait préférable de laisser l'entreprise fermée. En l'absence d'un certificat officiel de vaccination, le contrôle du statut vaccinal peut s'avérer être compliqué lorsqu'il doit être fait rapidement pour un grand nombre de personnes. Une obligation de différenciation pourrait donc devoir aller de

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

pair avec un examen de l'opportunité d'introduire un certificat officiel électronique de vaccination, ce qui nécessiterait une base légale formelle.

Une obligation de différenciation selon le statut vaccinal présuppose également que le respect de cette obligation puisse être contrôlé. Or, nous avons vu qu'une base légale formelle sera nécessaire pour permettre aux autorités de traiter les données sensibles relatives au statut vaccinal (cf. supra ch. 2.2). En l'absence d'une telle base légale formelle, l'obligation de différenciation restera une *lex imperfecta* : l'État pourra certes demander à l'acteur privé d'attester avoir limité l'accès aux personnes vaccinées, mais il ne pourra pas vérifier si les personnes qui ont accédé à la prestation étaient effectivement vaccinées.

4.4 Augmentation du taux de vaccination et réduction des mesures de protection

Au début février 2021, un peu plus de 3,6% de la population a reçu au moins une dose de l'un des deux vaccins autorisés. Quand les effets de la vaccination sur la transmissibilité du virus par les personnes vaccinées seront clarifiés, la situation particulière de ces personnes pourra, voire devra, être prise en compte pour les mesures individuelles telles que la quarantaine.

Il en ira différemment d'un point de vue temporel pour les mesures visant les installations, les établissements et les manifestations accessibles au public. La question de la prise en compte de la situation particulière des personnes vaccinées ne devrait se poser dans ce contexte que lorsque le taux de vaccination aura atteint un niveau relativement élevé. Auparavant, le « marché » des personnes vaccinées sera trop faible pour être rentable pour la plupart des acteurs économiques. L'augmentation du taux de vaccination, surtout parmi les personnes particulièrement vulnérables qui risquent davantage d'être hospitalisées, devrait toutefois entraîner une réduction de la nécessité de maintenir le taux d'infection à un niveau suffisamment faible pour garantir le fonctionnement du système de santé. Cela signifie que l'intérêt public qui justifie les mesures restrictives prises pour maîtriser la pandémie perdra progressivement de son importance. Cela devrait permettre d'alléger les mesures prises, voire de les supprimer. Si tel est le cas, le besoin d'une différenciation selon le statut vaccinal disparaîtra ou sera fortement réduit. Cela pourrait rendre largement théorique ce besoin de différenciation pour les mesures visant les installations, les établissements et les manifestations accessibles au public : une différenciation ne serait pas encore nécessaire au début et elle ne serait plus nécessaire au moment où elle devient pertinente en raison de l'augmentation du taux de personnes vaccinées.

5 Conclusions

Si une prestation est fournie dans le cadre de l'exercice d'une tâche de l'Etat, une distinction selon le statut vaccinal devrait reposer sur une base légale et respecter le principe de l'égalité de traitement en se justifiant par un motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer. Si elle porte atteinte à un droit fondamental, elle doit aussi être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et être proportionnelle.

Dans les relations entre particuliers, les différenciations selon le statut vaccinal sont possibles. La liberté contractuelle inclut la liberté de conclure un contrat avec la personne de son choix ou de ne pas en conclure avec cette personne. Cette liberté contractuelle est limitée dans certaines hypothèses par une obligation de contracter, notamment en cas d'atteinte à la personnalité. La licéité des restrictions d'accès ou autres différences de traitement sur la base du statut vaccinal dépend cependant d'une pesée des intérêts dans le cas d'espèce. La ligne de crête entre la liberté de contracter et l'interdiction des atteintes

Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal

illicites à la personnalité n'est pas nette. Il n'est pas possible de la définir de manière générale ; il faut au contraire considérer chaque cas.

Les personnes privées n'ont pas l'interdiction de traiter des données relatives à la vaccination contre le COVID-19, pour autant qu'elles ne portent pas atteinte à la personnalité des personnes concernées ou bien qu'elles puissent attester d'un motif justificatif. Il est essentiel que les principes de la protection des données soient respectés, en particulier le principe de proportionnalité et le principe de finalité. Il n'est cependant pas possible de se prononcer de manière générale sur la licéité de ce type de traitement de données au regard du droit de la protection des données ; il faut considérer les circonstances de chaque cas.

Pour le législateur, la problématique des différenciations selon le statut vaccinal se posera prioritairement en relation avec les mesures de protection qui ont été prises pour lutter contre les infections. Dans certaines situations, telles que les mesures de quarantaine, l'égalité de traitement peut exiger un traitement distinct des personnes vaccinées. Une habilitation ou une obligation de faire des distinctions selon le statut vaccinal pourrait aussi être envisagée en relation avec la levée (partielle) des très fortes limitations aux libertés imposées par les mesures de protection. Une différenciation selon le statut vaccinal pourrait en effet permettre de réduire les atteintes aux droits fondamentaux pour une partie des personnes concernées sans accroître les atteintes pour les personnes non vaccinées. Le législateur devra toutefois veiller au respect des droits fondamentaux – ce qui soulève des questions complexes – et à la praticabilité de la différenciation. Pour que les autorités d'exécution de la loi sur les épidémies puissent contrôler le statut vaccinal des personnes qui se prévaudraient d'un statut particulier pour personnes vaccinées, le législateur devrait en principe introduire dans cette loi une base légale pour le traitement de cette donnée particulièrement sensible.