

Paris, le 20 juillet 2021

Avis du Défenseur des droits n°21-11

La Défenseure des droits,

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

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

Emet l'avis ci-joint sur le projet de loi n° 4386 relatif à la gestion de la crise sanitaire,

La Défenseure des droits

Claire HÉDON

L'évolution rapide de l'épidémie de Covid-19, portée par le variant *Delta*, a conduit le gouvernement à modifier de manière très substantielle les dispositions de la loi du 31 mai 2021 n° 2021-689 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire. Il prévoit en particulier la vaccination obligatoire pour « *les professionnels de santé, du soin et de l'accompagnement* », conformément à la recommandation faite le 8 juillet 2021 par la Haute Autorité de santé (HAS) et à l'avis du conseil scientifique Covid-19 publié le même jour, et l'extension du « passe sanitaire » qui était jusqu'alors limité aux déplacements au départ et à l'arrivée du territoire hexagonal, de la Corse ou de l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution, ainsi qu'aux grands rassemblements de personnes.

La Défenseure des droits n'a eu connaissance du texte définitif du projet de loi présenté en conseil des ministres le 19 juillet 2021 ainsi que de son étude d'impact et de l'avis du Conseil d'Etat que le soir même. Compte-tenu de son inscription à l'ordre du jour de la séance publique de l'Assemblée nationale le 21 juillet 2021, elle souhaite, sans procéder à une analyse détaillée de l'ensemble des articles, attirer l'attention du Parlement sur dix points de vigilance ou de risque d'atteinte aux droits et libertés.

Le projet de loi comporte 11 articles qui ont pour principal objet de prolonger le régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire, de rendre la vaccination obligatoire pour certains professionnels et d'étendre le « passe sanitaire » à nombre d'activités de la vie quotidienne. Il est également prévu de rendre systématique l'isolement obligatoire des personnes ayant contracté la Covid-19 et de contrôler le respect de ces mesures grâce aux données réunies dans les différents systèmes d'information créés dans le cadre de la lutte contre cette épidémie.

Dans la période de crise sanitaire que nous traversons, l'équilibre entre la protection de la santé publique et la préservation des droits et libertés de chacun doit être systématiquement recherché. Ainsi que l'a rappelé le Conseil d'Etat, les restrictions apportées aux droits et libertés doivent être encadrées, strictement limitées et proportionnées à l'objectif poursuivi, à savoir la protection de la santé publique et la lutte contre la pandémie de Covid-19.

Ainsi, tout en reconnaissant l'importance considérable de la vaccination dans la lutte contre la pandémie, la Défenseure des droits s'interroge, au regard de l'objectif de protection de la santé publique, sur le caractère proportionné des restrictions d'accès de fait au transport public et à de nombreux biens et services pour les personnes non vaccinées qui sont, pour une part, des personnes en situation de précarité, dont les droits pourraient être considérablement réduits. Elle s'inquiète également de la mise en place de procédures de contrôle généralisé de la situation des personnes au regard de la Covid-19 et donc potentiellement de l'identité, désormais dévolues à des personnes privées, ainsi que des sanctions prévues dans ce cadre.

1. Sur la méthode : la nécessité d'un débat démocratique

Par un avis n° 20-10 du 3 décembre 2020 rendu dans le cadre de la prorogation de l'état d'urgence sanitaire, le Défenseur des droits a appelé de ses vœux l'organisation d'un débat démocratique public de fond en soulignant qu'il « *devrait permettre de discuter la nécessité de protéger les droits et libertés et de renforcer les services publics, le caractère adapté, nécessaire et proportionné des mesures sanitaires, afin de préserver le juste équilibre entre les objectifs recherchés. / L'adhésion des citoyens à une mesure repose sur une série d'éléments : la clarté de la mesure envisagée, son caractère exceptionnel et temporaire, le fait qu'elle ait fait l'objet d'un débat démocratique et qu'elle soit le résultat d'un consensus fort (ce qui réduirait la perception du caractère autoritaire ou arbitraire de la mesure que certains pourraient avoir), la conviction que la mesure est justifiée et efficace au regard de la situation sanitaire (cela passerait par la démonstration de sa légitimité, de sa nécessité et de sa proportionnalité), une communication adaptée auprès du public, des contrôles renforcés ...* ».

La Défenseure des droits ne peut que renouveler cette demande et regretter vivement le choix d'une procédure accélérée compte tenu de l'ampleur des atteintes aux droits et libertés fondamentales prévues par ce projet de loi ainsi que du caractère inédit de certaines dispositions qu'il comporte.

Le débat semble même d'autant plus nécessaire en l'espèce que le gouvernement propose un durcissement extrêmement rapide des règles, pourtant édictées il y a peu de temps.

Ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 11 mai 2020, le législateur a pour rôle d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect de ces libertés. Il est donc indispensable que le Parlement dispose du temps nécessaire à l'examen et aux débats sur ces propositions.

La crise sanitaire sans précédent que nous traversons demande à ce que des mesures soient prises pour protéger la vie de toutes et tous et pour enrayer rapidement cette épidémie. Cependant, la Défenseure des droits constate que, depuis le début de cette pandémie, les garde-fous et garanties mises en œuvre à chaque étape sont régulièrement contournés voire annihilés à la suivante sans que les raisons n'en soient toujours clairement établies. A titre illustratif, alors que le Conseil constitutionnel avait relevé lors de l'examen de certaines dispositions de la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire¹ que les interdictions de circulation des personnes étaient circonscrites et ne concernaient pas les déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux, professionnels et de santé, figure désormais l'obligation de présentation d'un « passe sanitaire » ou vaccinal y compris pour effectuer ce type de déplacements essentiels.

En outre, comme la Défenseure des droits le soulignait en préambule de son avis n° 21-06 du 17 mai 2021 sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de crise sanitaire, les mesures envisagées doivent être élaborées en concertation avec toutes les autorités publiques compétentes, dans des délais raisonnables, afin que l'inscription des dispositions dans la loi, soumise à un objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité, ne laisse aucune place ni aux interprétations divergentes, ni aux décisions discrétionnaires. Elle alertait à cet égard sur le renvoi au pouvoir réglementaire de

¹ Décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021.

nombreuses questions structurantes, susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés fondamentales.

A la lecture du présent projet de loi, ces considérations, à la fois de méthode et de fond, conservent plus que jamais leur pertinence, qu'il s'agisse de l'objet même du texte ou des dispositions évoquées ci-après.

2. Sur l'intelligibilité du texte : de nombreuses zones d'ombre

Il convient d'abord de rappeler que l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi défini par le Conseil constitutionnel (décisions n° 98-401 DC du 10 juin 1998 ; n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002 ; n° 2001-451 DC du 27 nov. 2001), fondé sur les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, vise à « *prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* » (décision n° 2005-514 DC, 28 avr. 2005).

A la lumière de cet objectif, un certain nombre de dispositions apparaissent dépourvues de clarté et d'intelligibilité et pourraient donner lieu à des interprétations extensives de nature à restreindre les droits et libertés au-delà de ce que prévoit le projet de loi.

Sur le fond, sur les principaux articles que comporte actuellement le projet de loi, trois visent les mesures individuelles d'isolement des personnes affectées et trois autres la vaccination et le statut vaccinal des personnes : le premier subordonne l'accès au « *transport public au sein du territoire hexagonal* » et « *à certains lieux, établissements ou événements à la présentation soit du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la Covid-19, soit d'un justificatif de statut vaccinal concernant la Covid-19, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la Covid-19* » (article 1^{er}), le deuxième, prévoit une obligation vaccinale pour les personnes exerçant leur activité dans certains secteurs (article 5) et le troisième dispose que le salarié bénéficie d'une autorisation d'absence pour se rendre aux rendez-vous médicaux liés aux vaccinations contre la Covid-19 (article 9).

S'agissant de la vaccination et de la recherche par ce biais d'une immunité collective, différentes mesures viennent ainsi se superposer. L'une, incitative, permet de faciliter l'accès des salariés à la vaccination (article 6), l'autre, contraignante, impose une obligation vaccinale dans certains secteurs (article 5) ; enfin la dernière, à la fois incitative et contraignante, tend à « *faire porter les restrictions sur les non-vaccinés plutôt que sur tous* », pour reprendre les termes employés par le Président de la République à l'occasion de son allocution télévisée.

La Défenseure des droits note tout d'abord qu'au fil des articles du projet de loi, de nombreux points pourtant essentiels sont renvoyés au pouvoir réglementaire, ou font l'objet de différences de traitement difficilement compréhensibles au regard de l'objectif poursuivi. Il ressort des éléments prévus pour l'application de la loi que l'espace public sera découpé en lieux accessibles et non accessibles (un hypermarché avec QR code mais un supermarché sans, un théâtre en plein air avec

mais une cathédrale sans, un restaurant d'entreprise sans mais une terrasse avec, un RER sans mais un TER avec...), des personnes privées étant chargées de contrôler la situation sanitaire des individus, et donc leur identité, remettant en cause des principes de liberté de circulation et d'anonymat pourtant longtemps considérés comme constitutifs du pacte républicain.

3. Des restrictions considérables d'accès aux transports publics et aux biens et services

L'article 1er du projet de loi vise à modifier l'article 1er de la loi du 31 mai 2021 de deux manières principales. D'abord en étendant l'obligation de présenter le résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la Covid-19, un justificatif de statut vaccinal concernant la Covid-19 ou un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la Covid-19, imposée jusque-là aux personnes souhaitant se déplacer à destination ou en provenance du territoire hexagonal, de la Corse ou de l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution, « à celles souhaitant effectuer des déplacements de longue distance par transport public au sein du territoire hexagonal ».

Ensuite en subordonnant « l'accès des personnes à certains lieux, établissements ou événements » aux mêmes conditions pour : « a) *Les activités de loisirs ; b) Les activités de restauration, à l'exception de la restauration collective et de la restauration professionnelle routière, ou de débit de boisson ; c) Les foires ou salons professionnels ; d) Sauf en cas d'urgence, les services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, pour les seules personnes accompagnant ou rendant visite aux personnes accueillies dans ces services et établissements ainsi que celles qui y sont accueillies pour des soins programmés ; e) Les activités de transport public de longue distance au sein du territoire national, sauf en cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention du justificatif requis ; f) Les grands magasins et centres commerciaux, au-delà d'un seuil défini par décret et permettant de garantir l'accès des personnes aux biens et produits de première nécessité sur le territoire concerné. »*

Ces mesures, qui visent à réserver l'accès à certains transports publics et à certains biens et services aux personnes en mesure de prouver qu'elles ont été vaccinées ou qu'elles ne sont pas affectées par la Covid-19, et dont l'intelligibilité ne permet pas de prémunir contre tout risque d'arbitraire, sont de nature à porter atteinte à la liberté d'aller et venir et entraver la vie quotidienne de nombreuses personnes. Leur caractère discriminatoire ne peut être écarté.

Considérée comme une liberté fondamentale par la juridiction administrative (CE, 11 avril 2018, n° 418027), la liberté d'aller et venir constitue également un principe à valeur constitutionnelle (Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979), protégé, au même titre que le respect de la vie privée, par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003).

Dans une ordonnance du 6 juillet 2021 (n° 453505), le juge des référés du Conseil d'Etat a précisé, en considérant que « *la mise en œuvre du passe sanitaire n'est pas, à la date de la présente ordonnance, manifestement illégale* », qu'il était « *de nature à permettre, par la limitation des flux et croisements de personne qu'il implique, de réduire la circulation du virus de la Covid-19 dans le pays. Son usage a été restreint aux déplacements avec l'étranger, la Corse et l'outre-mer, d'une part, et à l'accès à des*

lieux de loisirs, d'autre part, sans que soient concernées les activités quotidiennes ou l'exercice des libertés de culte, de réunion ou de manifestation ».

Il convient cependant de constater que les dispositions de l'article 1er du projet de loi relatif à l'adaptation de nos outils de gestion de la crise sanitaire remettent en cause le caractère restreint du recours au « passe sanitaire » souligné à cette date par le juge des référés du Conseil d'Etat, jusque-là essentiellement limité à certaines activités de loisirs. Les restrictions drastiques envisagées concernent désormais un bien plus grand nombre d'activités de loisirs, mais aussi les transports, la restauration et les débits de boisson, les établissements de santé, sociaux et médico-sociaux et les centres commerciaux. Autrement dit, ces mesures restrictives affectent des pans entiers de la vie quotidienne et entravent l'accès à l'espace public de millions de personnes.

La Défenseure des droits considère que ces restrictions de l'accès aux biens et services et cette atteinte à la liberté d'aller et venir, envisagées de manière générale et sans information préalable délivrée suffisamment longtemps en amont, n'apparaissent pas proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent.

Outre les points soulevés par le Conseil d'Etat relatifs à l'accès aux grands magasins et centres commerciaux, qu'elle partage, la Défenseure des droits souhaite attirer l'attention du législateur sur les trois points suivants.

a) Tout d'abord, s'agissant de l'exigence d'un justificatif (de statut vaccinal ou de non affectation par la Covid-19) pour les personnes souhaitant effectuer « des déplacements de longue distance par transport public au sein du territoire hexagonal » : s'il est possible de s'interroger sur l'enjeu de santé publique qui s'attache au caractère public ou privé du moyen transport, la notion de « longue distance », visant semble-t-il à exclure les transports domicile-travail, paraît en elle-même sujette à interprétations, pour certaines arbitraires. Quid des personnes qui doivent effectuer pour travailler des trajets de longue distance et travaillent dans un secteur qui n'est pas concerné par l'obligation vaccinale ? A certains égards, cette disposition est susceptible d'avoir des effets plus restrictifs que le confinement si aucune exception n'était prévue pour préserver l'accès aux transports de longue distance dans des hypothèses telles que le déplacement entre le domicile et le travail ou le droit au respect de la vie privée et familiale. La Défenseure des droits s'étonne également qu'aucune mesure ne soit prévue dans la loi elle-même pour permettre aux personnes qui ne peuvent être vaccinées pour raison médicale d'accéder au transport public de longue distance. Dans leur rédaction actuelle, il semble que les dispositions relatives au transport public sont susceptibles de porter une atteinte disproportionnée à des libertés protégées par des textes internationaux et par la Constitution.

Enfin, la Défenseure des droits considère, à l'instar du Conseil d'Etat dans son avis, que « *le Gouvernement ne peut prévoir que pour ces déplacements, il puisse être exigé du public certains seulement des trois justificatifs qui peuvent être présentés pour l'accès à certains établissements, activités ou évènements, ce qui pourrait conduire à exclure la possibilité de se prévaloir des résultats d'un test de dépistage. En effet, une telle mesure aurait pour effet de priver les personnes non vaccinées de toute possibilité de prendre l'avion ainsi que le train ou le bus pour de longues distances, ce qui porterait une atteinte disproportionnée à leur liberté d'aller et venir et à leur droit au respect de la vie privée et familiale.* »

b) Deuxièmement, s'agissant de l'accès des personnes accompagnant aux « *services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux* », cette formulation est trop imprécise et ne permet pas de délimiter son champ d'application, en particulier pour les établissements sociaux qui ne relèvent pas du champ sanitaire (foyers de protection de l'enfance, centres d'accueil pour demandeurs d'asile, lieux d'accompagnement des familles en situation de détresse, centres de ressources pour personnes précaires, ...).

Il faudrait en particulier veiller à ce que cette notion ne recouvre pas l'ensemble de ces activités à destination des populations les plus vulnérables, faute de quoi les actions en faveur des réfugiés, des personnes sans abri, précaires, les dons de nourritures et de biens de première nécessité, etc. pourraient être fortement entravés.

Concernant plus spécifiquement les foyers de protection de l'enfance, dès lors qu'ils ne sont pas dédiés à l'accueil d'enfants malades ou en situation de handicap, la Défenseure des droits considère que l'exigence d'un « passe sanitaire » pour y accéder porte une atteinte excessive tant aux droits des enfants qu'au droit au respect de la vie privée et familiale.

En outre, à l'occasion du rapport sur les droits fondamentaux des personnes accueillies en EHPAD, elle avait constaté que depuis le début de la crise sanitaire, la possibilité de rendre visite à des personnes résidant dans ces établissements médico-sociaux a été restreinte et soumise à diverses conditions. Le conditionnement de l'accès aux services et établissements accueillant des personnes âgées vulnérables à la présentation d'un « passe sanitaire », qui peut être jugée proportionnée compte-tenu de la fragilité des résidents, ne doit pas se transformer en une exigence de présentation d'un justificatif de vaccination exclusivement.

c) Troisièmement, s'agissant de la restriction d'accès à certains biens et services privés : la Défenseure des droits est très inquiète des risques de discriminations entre les usagers de ces biens et services privés sur le fondement de l'un des motifs prohibés tels que l'état de santé, le handicap, mais également, l'origine ou la particulière vulnérabilité économique. Concernant l'état de santé et le handicap, la Défenseure des droits considère que des dérogations devraient être prévues par la loi et non simplement renvoyées à un décret en Conseil d'Etat.

Ces risques discriminatoires sont augmentés par la mise en œuvre à très bref délai des restrictions, alors même qu'il apparaît que certaines populations n'ont eu que récemment accès à la vaccination et que la carte de la couverture vaccinale montre avec une spectaculaire netteté l'inégalité dans l'accès au vaccin pour les plus précaires. En effet, la carte des plus faibles vaccinations recoupe celle de la pauvreté, de la fracture numérique, de l'accès aux services publics. Le risque est donc d'avoir des mesures qui seront plus dures pour les publics précaires, avec l'accroissement de nouvelles inégalités et de nouvelles lignes de fractures au sein de la société française.

4. La mise en œuvre des restrictions d'accès : le contrôle d'une partie de la population par une autre partie de la population

Le g) du 2° du I. de l'article 1er de l'avant-projet de loi prévoit l'obligation, pour des personnes privées, exploitants ou responsables d'établissements, de services de transport ou d'événements, d'assurer

elles-mêmes le contrôle de la détention d'un « passe sanitaire » par les personnes qui souhaitent accéder à ce lieu ou service.

La Défenseure des droits se félicite de ce que les échanges avec le Conseil d'Etat aient permis une adaptation de la sanction pénale particulièrement sévère dans sa version initiale, et que soit désormais prévue une contravention de cinquième classe sauf triple réitération sur une période inférieure à 30 jours.

La Défenseure des droits s'interroge en revanche sur le choix retenu par ce projet de loi d'octroyer à des entreprises publiques et privées une forme de pouvoir de police quant à la détention d'un « passe sanitaire » par leurs clients. Elle considère que ce contrôle devrait relever des autorités publiques compte tenu notamment des risques inhérents à l'exercice d'un tel pouvoir (accès à des informations sur le statut vaccinal, données à caractère sensible au sens du RGPD, risques de discrimination en lien avec l'état de santé, le handicap ou la particulière vulnérabilité économique d'une personne qui n'a pas accès à la vaccination ou au « passe sanitaire »...).

De plus, cette obligation sanctionnée pénalement pourrait s'analyser comme une atteinte à la liberté d'entreprendre constitutionnellement protégée. Certes, les exploitants de débits de boissons ou de tabac ont d'ores et déjà l'obligation de refuser de vendre de l'alcool à des mineurs (article L. 3342-1 code de la santé publique) afin de préserver la santé d'une partie vulnérable de la population. Néanmoins, cette nouvelle obligation concerne toute la population et octroie ainsi à des opérateurs privés un pouvoir de contrôle généralisé qui relève des prérogatives de puissance publique.

S'agissant des établissements qui ont recours à des agents de sécurité privée qui se voient confier des missions de contrôles, ces derniers relèvent du code de la sécurité intérieure et, par suite, de la compétence du Conseil National des Activités Privées de Sécurité (CNAPS). Ils sont soumis à des habilitations, des agréments, des formations et un contrôle.

Mais qu'en est-il des personnes privées non professionnelles de la sécurité ?

- le contrôle de la détention d'un « passe sanitaire » exigera-t-il un contrôle de l'identité de la personne concernée en cohérence avec le passe présenté ? Le cas échéant, quel document devra présenter la personne contrôlée pour justifier de son identité ? Ainsi, la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 sur la modernisation de notre système de santé a expressément introduit la faculté, dans le cadre de la vente d'alcool à des mineurs, pour la personne qui délivre la boisson d'exiger « du client qu'il établisse la preuve de sa majorité ». Dans le présent texte, ce pouvoir de contrôle de la détention de documents ne prévoit pas le contrôle de l'identité de son détenteur, mais qu'en sera-t-il dans la pratique ? Les lieux de loisirs, restaurants, ou café pourraient devenir des terrains de contrôles ouvrant le risque de rupture d'égalité de traitement entre les publics.
- les professionnels chargés de contrôler la détention du « passe sanitaire » seront-ils formés à ce contrôle au préalable ? Quels outils seront mis à leur disposition pour prévenir les erreurs ou les refus discriminatoires ? Selon quelles modalités seront habilitées et désignées les personnes autorisées à contrôler les documents mentionnés ?

Toutes ces questions fondamentales dans une société démocratique restent aujourd'hui sans réponse et il est à craindre qu'elles ne pourront recevoir de réponse appropriée dans des délais compatibles avec l'examen du présent texte au Parlement.

5. Les risques de discrimination dans l'emploi

L'article 1-2 du projet de loi prévoit que le Premier ministre peut étendre l'obligation de présenter un « passe sanitaire » aux personnels intervenant dans les services de transport, lieux, établissements et événements concernés. En matière d'emploi, l'article L. 1132-1 du code du travail, pose le principe de non-discrimination. Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié, ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi du 27 mai 2008.

L'article L. 1133-1 du code du travail prévoit que des différences de traitement entre salariés peuvent exister, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.

Si la légitimité de l'objectif peut s'expliquer par la volonté de préservation de la santé publique au niveau national, le caractère proportionné de cette nouvelle obligation soulève plusieurs interrogations.

Le texte prévoit que si les personnels concernés ne présentent pas les documents mentionnés à leur employeur, ils peuvent faire l'objet d'une suspension de leur contrat de travail ou de leurs fonctions pendant une période de deux mois et le cas échéant d'une rupture de contrat ou une cessation définitive de fonctions.

L'articulation entre les règles applicables en matière de droit du travail et les mesures prévues par le projet de loi est sujette à interrogation.

Ainsi, l'article L. 1132-1 du code du travail prévoit qu'« aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire ». Or, les mesures prévues par le projet de loi ont pour conséquence d'opérer *in fine* une distinction entre les salariés qui présenteront l'un des trois documents demandés et les autres. Les critères de discrimination entre les salariés seront alors divers : handicap ou particulière vulnérabilité économique notamment si les tests de dépistages virologiques sont rendus payants.

Enfin, se pose la question de l'obligation de protéger la santé et la sécurité des salariés, qui incombe à l'employeur, ainsi que le prévoit l'article L. 4121-1 du code du travail. L'obligation de sécurité prévaudra-t-elle sur le principe de non-discrimination ? Est-ce que l'employeur pourra être à la fois celui qui doit protéger l'état de santé de ses salariés et celui qui contrôle et qui, potentiellement, est conduit à discriminer ?

Concernant des dispositions inédites en matière de droit du travail et de la fonction publique, la Défenseure des droits ne peut que souligner l'importance des questions qui se posent, et des risques

qui pèsent sur des travailleurs parfois en situation de précarité, dans un contexte social et économique qui n'a eu de cesse d'accroître les inégalités. A minima, s'impose la mise en œuvre de garanties dans le cadre d'une procédure claire pour les travailleurs afin que les dispositions prévues n'aient pas un effet disproportionné sur l'exercice des droits des personnes concernées.

6. Des risques considérables d'atteinte aux droits de l'enfant

Le Défenseur des droits, autorité chargée de défendre et de favoriser l'accès aux droits des personnes victimes de discrimination, a également pour mission de défendre et de promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France.

A ce titre, le Défenseur des droits s'inquiète de nouveau² du silence du projet de loi relatif à l'adaptation de nos outils de gestion de la crise sanitaire, sur la situation spécifique des mineurs. Le respect, par les nouvelles dispositions, des exigences constitutionnelles de proportionnalité et de nécessité des nouvelles mesures envisagées ne peut s'apprécier qu'en considération, notamment, de l'âge des personnes auxquelles la loi s'applique.

Le texte prévoit, faute de « passe sanitaire », des restrictions pour l'exercice de droits essentiels pour la jeunesse (adolescents de 12 à 18 ans). La Défenseure des droits rappelle que l'accès aux loisirs et à la culture est un droit proclamé par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant³. Il ne s'agit pas d'un droit accessoire mais bel et bien d'un droit essentiel au bon développement de l'enfant.

Or il ressort de toutes les études scientifiques disponibles que l'évaluation des risques et bénéfices individuels de la vaccination pour un jeune de 12 à 18 ans, en plein développement physique, n'est pas identique à celle d'une personne adulte. La Défenseure des droits rappelle en particulier l'avis du Comité consultatif national d'éthique du 9 juin 2021 qui indiquait que chez les adolescents entre 12 et 16 ans, le bénéfice individuel en lien avec l'infection est très faible en l'absence de comorbidité et ne semble pas suffisant pour justifier à lui seul la vaccination. Les potentiels effets plus tardifs ou plus rares ne pourront être connus que par les données de pharmacovigilance postérieures à la vaccination effective de plusieurs millions d'adolescents. Le Conseil national consultatif d'éthique estimait notamment indispensable un suivi de pharmacovigilance spécifique aux adolescents quant aux effets de la vaccination sur ces derniers.

Compte-tenu de ces éléments, la Défenseure des droits est favorable à ce que, pour les mineurs de 12 à 18 ans, la vaccination reste uniquement encouragée et ne tombe pas sous le coup d'une obligation vaccinale déguisée.

² Avis du Défenseur des droits n° 21-06 sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

³ Article 31 : « 1. Les Etats parties reconnaissent à l'enfant le droit au repos et aux loisirs, de se livrer au jeu et à des activités récréatives propres à son âge et de participer librement à la vie culturelle et artistique.

2. Les Etats parties respectent et favorisent le droit de l'enfant de participer pleinement à la vie culturelle et artistique et encouragent l'organisation à son intention de moyens appropriés de loisirs et d'activités récréatives, artistiques et culturelles, dans des conditions d'égalité ».

Elle considère en outre que, pour les mineurs de moins de 12 ans, le projet de loi devrait indiquer de manière expresse qu'ils sont exemptés de la vaccination.

La Défenseure des droits souhaite également appeler l'attention des autorités sur certains aspects particuliers des mesures envisagées concernant les mineurs dans ce projet de loi.

Tout d'abord, la mise en place du « passe sanitaire » à l'égard des mineurs en pleine période de congés estivaux aurait pour conséquence de compliquer leur accès aux déplacements de longue distance en transport public et aux activités culturelles et de loisirs, alors même que la vaccination ne leur est ouverte que depuis le 15 juin dernier.

Si elle prend acte de l'annonce dans les médias d'une éventuelle souplesse de la mise en application du « passe sanitaire » pour les adolescents jusqu'au 30 août 2021, les modalités d'application de cette souplesse accordée sont pour le moment inconnues.

Par ailleurs, la Défenseure des droits s'inquiète de la situation des enfants les plus vulnérables, accueillis et suivis par l'aide sociale à l'enfance ou la protection judiciaire et de la jeunesse, en établissements collectifs ou en famille d'accueil, ainsi que des enfants dont les parents séparés sont en conflit et pour lesquels l'accès à la vaccination peut être rendu particulièrement difficile. L'attente d'un accord des deux parents pour une telle vaccination pourrait en effet retarder d'autant la mise en place du « passe sanitaire », les privant d'un grand nombre d'activités culturelles et de loisirs au-delà même des congés estivaux.

L'accès à la vaccination des mineurs non accompagnés, en cours d'évaluation dont les titulaires de l'autorité parentale ne sont pas sur le territoire est également préoccupante. Les mineurs non accompagnés confiés ne pourront être vaccinés qu'à la suite d'une délégation partielle et provisoire d'autorité parentale ce qui peut prendre du temps et interroge notamment sur l'application du principe de répartition nationale à leur égard (voyages longues distances impossibles sans vaccination ou tests PCR).

Le Défenseur des droits ne dispose pas de données sur la couverture vaccinale des enfants confiés à l'aide sociale à l'enfance ou pris en charge par les services de la protection judiciaire de la jeunesse. Néanmoins, il a d'ores et déjà été alertés de possibles réticences de certains conseils départementaux à la vaccination des mineurs non accompagnés qui leur sont confiés.

La Défenseure des droits s'inquiète enfin de la différence de traitement qui pourra être opérée à l'encontre des adolescents dès la rentrée scolaire notamment en terme d'accès aux loisirs et à la culture lors d'éventuelles sorties scolaires. Le risque est grand d'une stigmatisation de l'élève non vacciné au sein de son établissement scolaire ou internat scolaire. Le « passe sanitaire » rendra en outre nécessaire la transmission par l'élève à son établissement scolaire d'informations relatives à sa santé, entamant d'autant le respect de sa vie privée.

Cette différence de traitement pourrait impacter d'autant plus les populations éloignées habituellement de l'accès aux soins et par conséquent les enfants les plus vulnérables.

Ainsi, et comme le préconise d'ailleurs le conseil scientifique dans son avis du 6 juillet dernier, la Défenseure des droits ne peut qu'appeler les autorités à multiplier les opérations d'information et de sensibilisation des populations les plus précaires en multipliant et en intensifiant les dispositifs dits d'« *aller vers* », notamment via les associations bien implantées dans les territoires et lieux de vulnérabilités.

7. Les personnes en situation de pauvreté pourraient être doublement victimes

A l'occasion de la présentation du présent projet de loi, le gouvernement a annoncé que, dès cet automne, les tests de dépistage du Sars-CoV-2 ne seront plus pris en charge par l'Assurance maladie, hors prescription médicale.

Le dépistage des personnes éloignées du système de santé, des populations précaires et/ou isolées, en sera d'autant plus difficile. Les inégalités sociales, déjà mises en exergue lors de la campagne de vaccination, notamment en raison de la fracture numérique, seront accentuées.

La Défenseure des droits rappelle qu'afin de respecter le principe d'égalité de traitement de tous les citoyens sur le territoire français, l'accès effectif aux tests, aux vaccins et aux justificatifs demandés doit être garanti à tous et à toutes.

La Défenseure des droits constate que, sous couvert d'une vaccination facultative, l'accès conditionné à certains lieux et établissements, dont la liste est considérablement élargie, conduit, de fait, à imposer la vaccination à la majorité de la population française.

Enfin, le caractère payant des tests ne peut qu'interroger alors que des données non contestées montrent que des personnes vaccinées sont susceptibles d'être porteuses du virus et contagieuses. A cet égard, il semble qu'en termes de santé publique, les deux approches (tester et vacciner) gagnent davantage à être combinées qu'opposées.

La Défenseure des droits tient à rappeler à nouveau que la carte actuelle des vaccinations recoupe en grande partie celle de la pauvreté. Les personnes qui ne sont pas encore vaccinées ne sont donc pas uniquement des personnes qui ne veulent pas se faire vacciner mais aussi des personnes qui sont éloignées des soins en général.

Alors que les mesures envisagées prennent la forme d'une obligation vaccinale déguisée, la Défenseure des droits s'interroge sur les moyens supplémentaires qui seront mis en place pour toucher les personnes en situation de pauvreté.

8. Des mesures d'isolement étendues

Outre un durcissement des conditions de contrôle de l'isolement, le projet de loi prévoit que les mesures d'isolement soient étendues aux personnes présentes sur le territoire. L'article 4 prévoit que le résultat d'un test de dépistage virologique ou de « tout examen médical probant » concluant à une contamination par la Covid-19 emporte, de plein droit, la mesure de placement et de maintien en

isolement pour 10 jours dans le lieu d'hébergement déclaré lors de l'examen. Les sorties sont autorisées de 10 heures à midi. Le juge des libertés et de la détention peut être saisi.

La notion de « (...) tout examen médical probant concluant à une contamination par la Covid-19 » demeure insuffisamment précise au regard de la privation de liberté qu'il peut entraîner.

En opportunité, il est à craindre que ces dispositions combinées à la possibilité de rendre payant les tests, aient pour effet de désinciter à se faire tester et ne freine la politique de dépistage massif, favorisant ainsi la circulation du virus.

Enfin, dans le souci constant de l'intérêt supérieur de l'enfant et de la prévention des conflits entre titulaires de l'autorité parentale, la Défenseure des droits souhaite attirer l'attention des autorités sur la nécessaire lisibilité des textes, et notamment les dispositions prévoyant que la communication de la mesure d'isolement au titulaire de l'autorité parentale mentionne « Les adaptations nécessaires, le cas échéant, à la situation particulière des mineurs », sans plus de précision.

9. Les risques liés au traitement des données

L'article 3 du projet de loi complète l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 qui permet de traiter et de partager des données à caractère personnel concernant la santé des personnes afin de créer des systèmes d'information pour lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19.

Ainsi, il prévoit d'ajouter une sixième finalité au traitement de ces données, à savoir l'édiction, le suivi et le contrôle du respect des mesures individuelles de mise en quarantaine, de placement et de maintien en isolement.

L'appréciation de la conformité de cette mesure au droit au respect de la vie privée et notamment aux données personnelles sera laissée à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), chargée de veiller à la protection des données personnelles contenues dans les fichiers et traitements informatiques ou papiers.

La Défenseure des droits tient cependant à alerter, comme elle l'avait fait précédemment dans son avis n° 20-03 du 27 avril 2020, sur le risque de glissement vers des pratiques de surveillance sociale générale, auquel pourrait contribuer ce projet de loi.

10. La vaccination obligatoire pour certaines professions

Les articles 5 à 8 du projet de loi porte sur la vaccination contre le Sars-CoV-2 qui devient obligatoire pour certaines catégories de personnes, eu égard à leur profession.

Ainsi, les personnes exerçant leur activité dans les établissements de santé publics et privés, les centres de santé, les maisons de santé, les centres et équipes mobiles de soins, les centres médicaux et équipes de soins mobiles du service de santé des armées, les services de santé scolaire, les services de santé au travail, les établissements et services médico-sociaux ainsi que les foyers-logements accueillant des personnes âgées ou handicapées doivent être immunisées contre la Covid-19.

Devront également être immunisés l'ensemble des professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du code de la santé publique et les professionnels à usage de titre lorsqu'il exercent en libéral, ainsi que les élèves, étudiants et les autres personnes exerçant avec eux.

Les professionnels employés au titre de l'aide à domicile – par les personnes bénéficiaires de l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) ou de la prestation de compensation du handicap (PCH) –, les sapeurs-pompiers, et les transporteurs sanitaires sont également concernés. Il est à noter que les policiers et gendarmes, et l'ensemble des personnes amenées à contrôler la possession d'un « passe sanitaire », bien qu'en contact avec le public, ne sont pas visés par cette obligation vaccinale.

Outre la présentation du certificat de rétablissement après une contamination par la Covid-19, l'immunisation est prouvée « au moyen du justificatif de statut vaccinal complet » ; le résultat d'un test de dépistage négatif n'est admis que jusqu'au 15 septembre 2021.

Le destinataire de ce justificatif est, selon le cas, l'employeur, l'organisme d'assurance maladie de rattachement ou l'agence régionale de santé (ARS) compétente.

La non-présentation du justificatif entraîne l'interdiction d'exercer puis, à l'issue de deux mois, peut justifier le licenciement. La violation de l'interdiction d'exercer est sanctionnée, tout comme le non-respect du contrôle de cette obligation vaccinale par l'employeur.

L'obligation vaccinale pour les soignants est compréhensible, comme c'est déjà le cas pour un certain nombre d'autres vaccins. Si la Défenseure des droits prend acte d'une dérogation pour les personnes bénéficiant d'une contre-indication médicale reconnue, l'essentiel des réserves émises au sujet de l'article 1er du projet de loi et tenant au principe de non-discrimination en matière d'emploi posé par l'article L. 1132-1 du code du travail, notamment le caractère proportionné de la sanction, ou encore la difficile conciliation des différentes obligations mises à la charge de l'employeur, sont ici maintenues.

Telles sont les remarques que je souhaitais adresser, dans des délais très brefs, au Parlement avant son examen du projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire, en soulignant l'importance des débats qui s'y tiendront s'agissant d'un texte qui opère, pour la gestion de la crise, des transformations profondes pour l'exercice de droits et libertés qui sont au fondement de notre pacte social et républicain.

Je souhaite également insister en conclusion sur la nécessité d'une réévaluation régulière du dispositif au regard de la situation sanitaire afin que les restrictions ne durent que le temps strictement nécessaire à la gestion de la crise, et que des mesures adoptées dans l'urgence ne se pérennisent pas insidieusement comme cela est trop souvent le cas depuis 2015.

Enfin, les nombreuses saisines reçues depuis quelques jours par l'institution, alors même que l'instauration du « passe sanitaire » n'est pas encore en vigueur, témoignent déjà de la diversité des difficultés concrètes auxquelles sont confrontés les particuliers ou les professionnels face à l'extension annoncée du « passe sanitaire ». Il en va notamment ainsi des femmes enceintes ou des personnes

allergiques qui peuvent se retrouver dans l'impossibilité de se faire vacciner. Les réclamants font aussi part de complications liées à l'usage du seul nom de naissance sur le certificat de vaccination alors que, suivant les pays, ce dernier peut ne pas apparaître sur les papiers d'identité au profit du seul nom marital. Enfin, les personnes qui se sont rétablies de la Covid-19 se plaignent de blocages techniques au niveau du portail SI-DEP, qui empêchent l'obtention d'un QR code attestant d'un test positif de plus de 11 jours et de moins de 6 mois. Ces exemples témoignent de ce que la précipitation et la difficile lisibilité de certaines dispositions sont susceptibles de venir entraver l'exercice de droits et libertés de manière non proportionnée à l'objectif poursuivi.