

Les enjeux éthico-juridiques du passeport vaccinal

Position Paper #7

15/02/2021



**Dr. Elisabeth
GRESSIEUX**

*Membre du
Département éthique
des affaires au sein de
l'OEP*

EN BREF

L'utilité et la possibilité - de fait et de droit - de mise en œuvre d'un passeport vaccinal numérique sont actuellement débattues au sein des institutions européennes et de certains États. Dans ce *position paper*, nous souhaitons soumettre des éléments de réflexion particulièrement sensibles en termes de droit et d'éthique au législateur et attirer l'attention des décideurs sur les enjeux fondamentaux en termes de droit humains. Nous proposons ainsi un certain nombre d'initiatives à mettre en œuvre ou à poursuivre, de garde-fous à instaurer et, enfin, une alternative possible à ce document.



Pierre LEGROS

*Membre de l'équipe
éthique numérique et
technologique de l'OEP*

LES ENJEUX ÉTHICO-JURIDIQUES DU PASSEPORT VACCINAL

Soucieux de relancer l'activité économique et de reprendre une vie « normale » en 2021, certains acteurs privés (les compagnies aériennes et les géants du numérique) comme publics (les États et institutions européennes) s'interrogent quant à l'opportunité de mettre en œuvre un passeport vaccinal numérique le plus rapidement possible.

Et si, en l'état des connaissances actuelles, le passeport vaccinal était une « fausse bonne idée » pour nos démocraties libérales, notamment eu égard aux enjeux éthiques et légaux que la mise en œuvre d'un tel sésame suppose et implique ?

La présente contribution se propose ainsi de relever les différents obstacles juridiques et éthiques qui ne permettent pas, actuellement, de justifier le déploiement d'un passeport vaccinal. Quatre difficultés seront ainsi successivement soulevées. Toutefois, ayant conscience que le passeport vaccinal est une proposition éminemment politique et économique, par mesure de précaution, nous envisagerons quelques recommandations pour encadrer l'éventuelle mise en œuvre d'un tel passe-droit.

Première difficulté : Le terrain médical et scientifique sur lequel ce passeport se fonde apparaît incertain.

L'état actuel des connaissances et les nombreuses incertitudes quant aux propriétés immunisantes du vaccin contre la Covid-19 – ou tout au moins quant à leur durée – ne permettent pas d'envisager sereinement la mise en œuvre d'un tel document. Cette incertitude scientifique est source d'une insécurité juridique, car la validité d'un tel passeport pourrait, à tout moment, être contestée. À côté de ce risque juridique coexiste un risque sanitaire, puisque la mise en œuvre prématurée d'un tel passeport vaccinal pourrait procurer un faux sentiment de sécurité aux citoyens. Si les intentions sont louables (la finalité étant de limiter la propagation du virus et, en fin de compte, les nouvelles infections et les décès), les conséquences seraient questionnables : protection partielle, transmission du virus possible à des tiers même si la charge virale devait être plus faible dans ce cas.

Quatre incertitudes, soulignées par diverses études scientifiques¹, peuvent notamment être mentionnées :

- la persistance de la protection dans le temps une fois vacciné ;
- l'efficacité parmi certaines populations (populations vulnérables aux formes graves – comme les insuffisants rénaux et les personnes immunodéprimées –, et enfants et jeunes de moins de 16 ans) ;
- l'efficacité contre certaines formes de la maladie (formes asymptomatiques ou encore formes graves) ;
- l'efficacité sur la transmission du virus en cas de contamination d'une personne malgré le vaccin.

Aussi, en l'absence d'un consensus scientifique, on peut s'interroger sur la sécurité juridique et sanitaire qu'apporterait, à ce jour, un tel passeport vaccinal.

Deuxième difficulté : Le risque de création d'un régime discriminatoire.

Le droit français comme le droit européen n'interdisent pas en tant que tel la mise en place d'un passeport vaccinal, sous couvert du respect des principes de nécessité et de proportionnalité. Cependant, un tel dispositif entrerait en conflit avec les principes fondamentaux d'égalité et de non-discrimination des citoyens. En effet, la mise en place imminente d'un passeport vaccinal risquerait de consacrer plusieurs types de discriminations :

1. **Certaines personnes souhaitent être vaccinées, mais ne le peuvent pas de fait.** Seule une partie réduite de la population a pour le moment été vaccinée, en raison des contraintes de production et d'approvisionnement en vaccins. Le passeport serait donc un document exigé à des personnes qui, malgré leur volonté, ne peuvent l'acquérir. À

¹ V. notamment : « [Vaccin covid-19 à ARN messenger tozinaméran \(Comirnaty® des firmes Pfizer et BioNTech\) et personnes âgées : quelques données, beaucoup d'incertitudes](#) » [en ligne], *Prescrire*, 23 décembre 2020 [consulté le 01/02/21] ; S. KORSIA-MEFFRE, « [Vaccin Pfizer/BioNTech contre la COVID-19 : enfin des données à analyser !](#) » [en ligne], *Vidal*, 10 décembre 2020 [consulté le 01/02/21].

titre d'exemple, en France, il faudra attendre la fin de l'été pour que le vaccin contre le Covid-19 soit proposé à tous les Français adultes qui le souhaitent.

- 2. Certaines populations souhaitent être vaccinées, mais ne le peuvent pas pour des raisons médicales.** Certains vaccins vivants à souches atténuées sont déconseillés dans le cas de maladies auto-immunes par exemple. Dans le cas du vaccin à ARNm contre la Covid-19, ces populations n'ont pas été incluses dans les groupes testés et il n'est pas certain qu'à terme, ces populations puissent le recevoir. Le passeport vaccinal serait donc un document exigé à des personnes qui, de par leur maladie ou handicap, auraient une contre-indication. Ces dernières pourraient, en théorie, présenter un certificat de contre-indication. Reste que ce certificat de contre-indication risquerait de ne pas être accepté pour accéder à tous les services et lieux restreints – auxquels l'accès serait conditionné à la présentation du passeport –, pour des raisons évidentes de diffusion potentielle de la maladie. Or, la potentielle stigmatisation de ces populations est un véritable problème éthique.

Le cas échéant, serait alors créée une citoyenneté à deux vitesses entre, d'un côté, les citoyens vaccinés « privilégiés » et, de l'autre, les citoyens « de seconde zone » se voyant infliger une double peine : une absence de protection immunitaire contre la Covid-19 et une limitation de leur liberté d'aller et venir à l'échelle nationale, européenne et internationale. Certes, en droit, le principe d'égalité n'est pas absolu : il est juridiquement admis que des personnes placées dans une situation différente puissent faire l'objet d'un traitement légal distinct, cela d'autant plus lorsqu'un motif d'intérêt général – tel que le motif sanitaire – le justifie. Néanmoins, les enjeux de justice et d'équité méritent d'être pris en considération pour limiter les effets discriminants.

Troisième difficulté : Un chemin tracé vers l'obligation vaccinale ?

En France, certains vaccins sont actuellement obligatoires comme celui contre la fièvre jaune – lequel conduit d'ailleurs à la remise d'un « carnet jaune » de vaccination international – pour entrer en Guyane ou dans certains pays d'Afrique. D'autres vaccins sont également requis pour exercer des professions considérées comme à risques (domaine médical ou paramédical, activités funéraires, etc.). Les droits fondamentaux

précédemment évoqués sont alors supplantés par les principes de santé publique (au nom de la protection de la vie des clients ou patients, en sus de celle des professionnels eux-mêmes pouvant entrer en contact avec des personnes diversement infectées). La même hiérarchisation entre ces principes pourrait potentiellement s'appliquer pour rendre obligatoire le vaccin contre la Covid-19 et, *in fine*, le passeport vaccinal.

Cependant, certaines personnes ne souhaitent pas être vaccinées. Ce refus peut se justifier, tant sur le terrain juridique qu'éthique, au nom de l'inviolabilité et de l'intégrité du corps humain, du consentement aux soins ou encore de la liberté de conscience. Or, la mise en œuvre d'un passeport vaccinal qui conditionnerait l'accès à des lieux et services reviendrait à nier ces principes et rendre la vaccination implicitement obligatoire. Par exemple, si des lieux de culture et de divertissements conditionnaient leur accès à la présentation dudit passeport vaccinal – comme c'est déjà le cas en Israël avec le « passeport vert » –, cela reviendrait en définitive à exhorter fortement les individus à se faire vacciner et vicier leur libre consentement aux soins.

Pour l'instant, les volontés politiques manifestées en Europe ne semblent pas aller dans le sens d'une vaccination obligatoire. En témoigne, la résolution 2361 relative aux considérations éthiques, juridiques et pratiques du vaccin contre la Covid-19, actuellement en cours de discussion à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Celle-ci demande aux États membres et à l'Union européenne de « s'assurer que les citoyens et citoyennes sont informés que la vaccination n'est PAS obligatoire et que personne ne subit de pressions politiques, sociales ou autres pour se faire vacciner, s'il ou elle ne souhaite pas le faire personnellement » (§ 7.3.1.) et « de veiller à ce que personne ne soit victime de discrimination pour ne pas avoir été vacciné, en raison de risques potentiels pour la santé ou pour ne pas vouloir se faire vacciner » (§ 7.3.2.). L'objectif étant d'assurer un niveau élevé d'acceptation du vaccin (§7).

En dépit de ces dispositions, une nouvelle question d'éthique pratique se pose. À supposer que le passeport vaccinal entre en vigueur sans devenir obligatoire, comment les populations ne souhaitant pas ou ne pouvant pas être vaccinées pourraient-elles vivre au quotidien (avoir accès aux moyens de transport, aux salles de spectacles, aux commerces,

aux lieux de travail ...) ? Faire un test tous les trois ou quatre jours *ad vitam eternam* n'est évidemment pas envisageable, pour des raisons tant pratiques que financières.

Quatrième difficulté : Le respect de la vie privée et la protection des données personnelles de santé.

Aux enjeux de non-discrimination et d'égalité citoyenneté, s'ajoutent ceux relatifs à la protection de la vie privée et au respect de la confidentialité intrinsèquement liée au secret médical.

La mise en place d'un passeport vaccinal numérique à l'échelle nationale, voire européenne, impliquerait probablement la création d'un fichier de vaccination européen. Une telle configuration apparaît toutefois extrêmement risquée en considération de la sensibilité des données personnelles de santé et des menaces potentielles pour leur sécurité. En témoigne, la délibération de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) en date du 14 janvier 2021 ayant constaté plusieurs manquements au règlement général sur la protection des données personnelles (RGPD) – notamment en matière de sécurité des données – à l'égard d'un logiciel de suivi des « patients zéro » et des cas contacts développé spécifiquement par une Agence régionale de santé (ARS).

Supposant qu'un fichier serait créé à l'échelle européenne, celui-ci devrait alors faire l'objet de garanties permettant d'assurer un degré élevé de protection des données personnelles des individus. Sur ce point, la CNIL a rappelé que les données contenues dans l'actuel système d'information « Vaccin Covid » sont protégées par le secret médical et ne doivent être traitées que par des personnes habilitées et soumises au secret professionnel. Or, l'hypothèse envisagée actuellement serait celle d'un passeport vaccinal numérique – à l'instar des applications de *contact tracing* –. Le cas échéant, la question de l'accès aux données par les prestataires techniques et par les destinataires du passeport – les lieux et services qui limiteraient leur accès – devra être pensée, dès la conception, eu égard aux droits fondamentaux de la protection de la vie privée et des données personnelles. En effet, l'intérêt de ces coalitions privées reste avant tout économique, l'objectif étant pour eux de

s'immiscer sur un nouveau marché et d'imposer les standards techniques du passeport vaccinal universel de demain.

Partant de là, il convient de s'interroger sur les soubassements de la normalisation d'un passeport vaccinal européen, voire international. Contrairement au carnet jaune précédemment cité, force est de constater la dynamique globale de la circulation du SARS-CoV-2. Du point de vue de la protection de la vie privée, un tel passeport vaccinal numérique amènerait à passer d'une forme de surveillance spéciale de certains individus – se rendant dans des pays encore touchés par la fièvre jaune –, vers une surveillance générale de la population, quelle que soit sa destination.

Et à plus long terme ?

À plus long terme, l'incomplétude des connaissances laissant certaines questions en suspens aujourd'hui s'estompera probablement, ce qui permettrait alors de confirmer, ou au contraire de réduire, les risques d'insécurité juridique et sanitaire. Dès lors, le passeport vaccinal pourrait soit perdre tout intérêt, soit gagner en crédibilité pour préserver la santé publique et rétablir une forme de liberté de circulation.

Il est également possible de supposer qu'une part croissante de la population aura accédé *de fait* au vaccin, ce qui permettrait au passeport d'être accessible à un plus grand nombre d'individus. Cette accessibilité accrue réduirait certes l'étendue des discriminations, mais elle conduirait à une stigmatisation d'autant plus concentrée sur les personnes ayant des contre-indications médicales et celles ne souhaitant pas se faire vacciner.

Reste ainsi la question de l'organisation de la vie des populations ayant potentiellement une contre-indication ou ne souhaitant pas recevoir le vaccin pour des motifs personnels. Comment, d'un point de vue pratique, permettre un retour à la « vie normale » de ces personnes tout en respectant le secret professionnel lié aux données de santé ?

En conclusion, une alternative au passeport vaccinal, plus pragmatique, serait de vacciner le plus possible, de maintenir un certain nombre de gestes barrières et de jauges dans les

commerces, lieux publics, transports, lieux culturels, etc., afin de limiter la transmission et la diffusion du virus.

6 PROPOSITIONS | POUR ENCADRER LA RÉFLEXION SUR LE PASSEPORT VACCINAL :

1

Imposer un *moratorium* d'au moins six mois avant l'éventuelle mise en place d'un tel passeport.

Premièrement, ce moratoire constituerait un temps laissé pour solidifier les connaissances scientifiques quant aux incertitudes soulevées dans la première difficulté (effectivité de l'immunité conférée par la vaccination, durée de celle-ci, efficacité face aux différentes mutations, etc.). Deuxièmement, cette pause dans les initiatives permettrait de réduire le risque des discriminations de fait, permettant ainsi à une plus large population d'être vaccinée. Enfin, ce *moratorium* permettrait de laisser place au débat public pour déterminer démocratiquement l'opportunité de déployer un tel passeport.

2

Mettre en place un dispositif de veille épidémiologique renforcé.

Ce dispositif pourrait consister en la mise en œuvre d'indicateurs de suivi avancés afin de rétablir au plus tôt l'entrée en vigueur de gestes barrières dans les zones en situation délicate (particulièrement en période hivernale). Un plan type « Vigi-Covid » sanitaire pourrait voir le jour.

3

Poursuivre la recherche sur les vaccins et les tests

Intégrer des populations non incluses jusqu'à présent dans les prochains essais thérapeutiques dans le but d'assurer une protection vaccinale à un maximum de citoyens. Développer la recherche médicale pour améliorer la fiabilité, la praticité et une procédure de communication rapide et sûre des résultats des tests Covid à qui de droit.

4

Mobiliser les chercheurs, les professionnels et la population pour réfléchir aux garde-fous techniques et juridiques indispensables pour un passeport protecteur de la vie privée *by design* et *by default*.

L'objectif est ici de ne pas reproduire les débats houleux qu'ont connus les applications étatiques de *contact tracing*, notamment eu égard aux enjeux de protection des données personnelles et de souveraineté numérique.

5

Envisager des solutions alternatives au passeport numérique

Ces alternatives doivent être envisagées sous deux angles. D'une part, il convient de limiter au maximum les atteintes portées à la liberté d'aller et venir des personnes ne souhaitant pas se faire vacciner en imaginant des solutions alternatives à ce passeport vaccinal. D'autre part, s'agissant des personnes vaccinées, il convient également d'envisager des solutions alternatives au « tout digital » pour ne pas accroître les inégalités liées à la fracture numérique.

6

Assurer une transparence totale en cas de mise en place du passeport

Cette exigence de transparence devra être respectée en amont (marché public pour le choix des prestataires techniques, publication des analyses d'impact relatives à la protection des données personnelles, évaluation de la proportionnalité du dispositif, etc.) et en aval (contrôle régulier par les autorités de protection des données personnelles).