



Respect des droits fondamentaux par les autorités fédérales dans la lutte contre la pandémie de COVID-19 à l'exemple du cas de l'extension du certificat COVID

**Rapport du 30 juin 2023 de la Commission de gestion
du Conseil national**

Avis du Conseil fédéral

du 29 septembre 2023

Madame la Présidente,
Mesdames, Messieurs,

En vertu de l'art. 158 de la loi sur le Parlement, nous nous prononçons comme suit sur le rapport du 30 juin 2023 de la Commission de gestion du Conseil national concernant le respect des droits fondamentaux par les autorités fédérales dans la lutte contre la pandémie de COVID-19 à l'exemple du cas de l'extension du certificat COVID¹.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Mesdames, Messieurs, l'expression de notre haute considération.

29 septembre 2023

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Alain Berset
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

¹ FF 2023 1956

Avis

1 Contexte

Les mesures du Conseil fédéral pour lutter contre la pandémie de COVID-19 ont mené à une restriction de certains droits fondamentaux. Ces derniers mois, la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) s'est penchée de manière approfondie sur la constitutionnalité de ces restrictions du point de vue de la haute surveillance parlementaire. Pour ce faire, elle s'est focalisée sur la décision du Conseil fédéral de décembre 2021 relative à l'extension du certificat COVID-19 et sur la manière dont les autorités compétentes, à savoir le Département fédéral de l'intérieur (DFI), l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) et l'Office fédéral de la justice (OFJ), s'étaient au préalable assurées que les critères constitutionnels pour la restriction des droits fondamentaux étaient remplis. La CdG-N a également examiné, d'une part, si le résultat de cet examen était adéquat du point de vue de la légalité et, d'autre part, les enseignements qui pouvaient en être tirés pour l'avenir.

Dans son rapport, elle conclut que le DFI, l'OFSP et l'OFJ ont veillé de manière adéquate au respect des critères constitutionnels. Elle tire ainsi un bilan globalement positif quant à la collaboration entre l'OFSP et l'OFJ dans le cas de l'extension du certificat COVID-19. Même si elle n'a identifié aucun indice de manquement fondamental de la part des autorités compétentes du point de vue de la haute surveillance sur la gestion, elle estime que certains enseignements de portée générale peuvent être tirés en vue de crises futures, sur la base de ses clarifications.

Le 30 juin 2023, la CdG-N a transmis son rapport au Conseil fédéral. Elle l'invite à tenir compte de ses constatations et recommandations et le prie de bien vouloir lui remettre un avis à ce sujet d'ici au 4 octobre 2023.

2 Avis du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral remercie la CdG-N de son rapport dans lequel elle mène une réflexion critique sur la question du respect des critères constitutionnels en termes de restriction de certains droits fondamentaux dans le cadre de l'extension du certificat COVID-19. Le Conseil fédéral accorde une grande importance aux enseignements que l'on peut retenir de la pandémie de COVID-19 et partage l'avis de la CdG-N, à savoir qu'il faut tirer des leçons en vue de crises futures, à l'exemple de l'extension du certificat.

De manière générale, le Conseil fédéral apprécie la conclusion de la CdG-N selon laquelle le DFI, l'OFSP et l'OFJ ont, dans le cas présent, veillé de manière adéquate au respect des critères constitutionnels au regard des connaissances de l'époque et compte tenu du contexte particulier de la pandémie. Il se félicite également du bilan globalement positif tiré par la CdG-N quant à la collaboration entre l'OFSP et l'OFJ dans le cas de l'extension du certificat COVID-19.

Le Conseil fédéral est disposé à accepter toutes les recommandations figurant dans le rapport de la CdG-N et à les intégrer dans les travaux en cours. Il étudie les possibilités de mise en œuvre, notamment en ce qui concerne la révision de la loi du 28 septembre 2012 sur les épidémies² (LEp).

Les explications du Conseil fédéral ci-après s'articulent conformément aux recommandations du rapport du 30 juin 2023 de la CdG-N.

Recommandation 1: Fonction de contrôle de l'OFJ en période de crise

Le Conseil fédéral est prié d'examiner comment la fonction de contrôle légal opérée par l'OFJ – en particulier concernant le respect du principe de proportionnalité – pourrait être renforcée en période de crise.

Il s'agit notamment de vérifier les points suivants:

- garantir que les ressources de l'OFJ puissent être renforcées à court terme, si cela s'avère nécessaire pour assurer un contrôle adéquat;
- s'assurer que l'OFJ bénéficie d'une base d'informations aussi complète que possible, lui permettant de procéder à un examen indépendant de la proportionnalité;
- mettre en place des structures permettant des échanges à courte échéance entre l'OFJ et les offices spécialisés, pour clarifier d'éventuelles questions ouvertes portant sur les mesures proposées;
- détacher des collaborateurs de l'OFJ dans les offices spécialisés en période de crise, afin de permettre un examen des questions juridiques dès la conception des mesures.

Le Conseil fédéral apprécie l'importance accordée par la CdG-N au contrôle préventif par l'OFJ des actes normatifs en période de crise. Il partage l'évaluation de la CdG-N selon laquelle ce contrôle préventif est essentiel et doit pouvoir être assumé de manière efficace par l'OFJ aussi en temps de crise. Il est donc prêt à donner suite à la recommandation 1 de la CdG-N, à savoir examiner comment renforcer les possibilités pour l'OFJ d'assumer sa tâche de contrôle préventif, spécialement pendant les crises. Ce faisant, le Conseil fédéral approfondira, à la lumière de l'expérience tirée de crises récentes, un sujet qu'il avait déjà traité dans son rapport du 5 mars 2010 sur le renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit³. Le Conseil fédéral relève toutefois d'emblée les points suivants:

D'abord, l'accent mis par la CdG-N sur le renforcement à court terme des ressources de l'OFJ en cas de crise ne tient pas compte du fait que le contrôle préventif ne peut guère être assumé de manière efficace dans une telle situation si les personnes qui en sont chargées ne sont pas déjà expérimentées. Les périodes de crise se distinguent usuellement par l'imprévisibilité de leur survenance, par l'incertitude quant à leur durée, par les fortes contraintes temporelles auxquelles les dossiers législatifs sont sou-

² RS 818.101

³ FF 2010 1989

mis et surtout par le fait qu'elles font naître de nombreuses questions nouvelles et complexes auxquelles il faut répondre rapidement. Il est donc nécessaire non seulement de réagir lorsque la crise est là, mais aussi d'anticiper celle-ci en s'assurant que l'OFJ a la marge de manœuvre pour absorber au moins une bonne partie de l'augmentation de la charge de travail liée à une crise. Le Conseil fédéral souligne à cet égard qu'il a décidé en 2022 d'augmenter les postes dévolus à l'accompagnement législatif. Il est cependant conscient du fait que les ressources à l'OFJ ne peuvent pas être coïncider sur le long terme avec les besoins en temps de crise. Il examinera de quelle manière il est possible d'assurer à l'OFJ les ressources permettant de garantir un contrôle approprié également en cas de crise.

Ensuite, l'examen doit porter également sur les structures et les processus, non seulement à l'intérieur de l'OFJ mais aussi dans les relations entre l'OFJ et les offices chargés d'élaborer des projets législatifs en période de crise. Il faudra examiner en particulier comment les offices responsables de projets législatifs peuvent donner à l'OFJ accès aux informations nécessaires pour contrôler la constitutionnalité et la légalité de tels projets. Cet examen devra être coordonné avec celui en cours au sujet des structures de direction lors de crises.

Enfin, il faudra veiller à ce que l'OFJ conserve, dans l'exercice de sa tâche de contrôle préventif, suffisamment d'autonomie non seulement à l'égard des autorités supérieures mais aussi des offices chargés de projets législatifs. Le détachement de collaborateurs de l'OFJ dans ces offices, en période de crise, réduirait dans les faits notablement cette autonomie. Il conviendra donc aussi de veiller à ce que les offices chargés de projets législatifs puissent eux-mêmes disposer des ressources en juristes expérimentés nécessaires en temps de crise, afin que les questions juridiques soient prises en compte dès la conception des mesures.

Recommandation 2: Base légale relative au certificat sanitaire

Le Conseil fédéral est prié d'examiner, dans le cadre de la révision prévue de la LEp, l'opportunité de préciser le cadre légal relatif au statut immunitaire, respectivement à l'outil du certificat sanitaire et à ses modalités d'utilisation en période de pandémie.

Le Conseil fédéral souscrit à la conclusion de la CdG-N quant à la recevabilité de l'argumentation selon laquelle l'extension du certificat COVID-19 disposait d'une base légale suffisante dans la LEp. Il rejoint l'avis de la CdG-N quant à l'importance que la loi laisse au Conseil fédéral une certaine marge d'appréciation concernant les mesures pouvant être adoptées, et ce particulièrement si elles s'avèrent plus modérées que d'autres mesures expressément prévues par le législateur et qu'elles sont prises conformément aux critères constitutionnels applicables. Tout comme la CdG-N, le Conseil fédéral considère que la légitimité démocratique du certificat COVID-19 a été assurée de manière indirecte par plusieurs autres moyens, notamment plusieurs consultations et le rejet par le peuple suisse à trois reprises du référendum sur la modification de la loi COVID-19 du 25 septembre 2020⁴, alors que l'introduction du certi-

⁴ RS 818.102

ficat a constitué l'un des principaux éléments de débats. Enfin, le Conseil fédéral s'engage à s'assurer, en cas de pandémie future, que le but des mesures sanitaires adoptées au niveau de loi et de l'ordonnance soit toujours précisé de manière explicite dans les textes pertinents.

Les travaux en cours concernant la révision partielle de la LEp, offrent au Conseil fédéral l'occasion d'examiner en détail dans quelle mesure le cadre légal en matière d'adoption de mesures doit être précisé au niveau de la loi.

Partant, le Conseil fédéral adopte la recommandation 2 et s'exprimera concrètement à ce sujet dans le message correspondant, qui sera transmis au Parlement au cours de l'année 2024.

Recommandation 3: Indicateurs visant à apprécier la menace pour la santé publique en cas de pandémie

Le Conseil fédéral est prié de procéder à un bilan concernant la pertinence et la précision des différents indicateurs utilisés durant la pandémie de COVID-19 pour apprécier l'état de la menace pour la santé publique.

Le Conseil fédéral est prié d'établir, sur cette base, une liste des indicateurs potentiels pouvant être utilisés en cas de pandémie future, en clarifiant comment les données correspondantes pourraient être collectées. Il est prié de publier cette liste en temps voulu.

Le Conseil fédéral souscrit aux conclusions de la CdG-N selon lesquelles les indicateurs utilisés ont été continuellement améliorés et adaptés durant la pandémie, les autorités se sont efforcées de les combiner de manière à augmenter la précision du suivi épidémiologique et, enfin, les données issues de ceux-ci ont été publiées de manière transparente. Il se félicite également du fait que la CdG-N partage l'appréciation du DFI selon laquelle les indicateurs à utiliser ne devraient pas être fixés de manière abstraite.

S'agissant de la pertinence et de la précision des différents indicateurs utilisés durant la pandémie de COVID-19, le Conseil fédéral approuve la recommandation de la CdG-N et tire le bilan suivant:

Le «modèle des trois phases», qui a été appliqué dès le printemps 2021 pour évaluer la situation relative au COVID-19, comportait en guise d'indicateurs le nombre de cas, le taux d'occupation des lits en unité de soins intensifs (USI), le taux de reproduction « R_e » et les hospitalisations déclarées. Le nombre de cas reflète le nombre de nouvelles contaminations et permet, en combinaison avec la valeur R_e qui représente la dynamique de l'évolution épidémique, d'estimer le taux d'infections en Suisse. Une circulation accrue du virus engendre généralement une augmentation des hospitalisations. Le manque de personnel pour cause de maladie dans les établissements de santé représente une charge supplémentaire pour le secteur et aggrave encore la situation. Le nombre de cas et la valeur R_e dépendent fortement de l'offre de tests et de la propension de la population à se faire tester.

Les nouvelles admissions à l'hôpital et le taux d'occupation des lits en USI, dans l'ensemble et en lien avec le COVID-19, ont permis de surveiller l'évolution du degré de gravité de la maladie. Ils ont également fourni des indications, d'une part, concernant une éventuelle diminution de l'immunité de la population contre les formes graves et, d'autre part, concernant la circulation d'un variant préoccupant, conduisant à des évolutions vers une forme grave. L'occupation des lits d'hôpitaux a quant à elle servi d'information actualisée pour mesurer le fonctionnement et la résistance du système de santé. Une estimation fiable des admissions à l'hôpital n'a quant à elle été possible qu'avec un peu de retard en raison des déclarations différées.

Une fois que tous les adultes qui le souhaitent ont pu se faire vacciner à partir de l'automne 2021, l'accent s'est déplacé vers le degré de gravité de la maladie, notamment en raison de l'apparition de nouveaux variants. Les résultats à l'échelle internationale et le taux d'occupation des hôpitaux en Suisse ont constitué les critères principaux en vue d'estimer le risque pour la santé publique. Ainsi, à l'arrivée du variant Omicron, entre fin décembre 2021 et début 2022, le système de santé était déjà fortement sollicité par le variant Delta, et les connaissances de départ sur le variant Omicron indiquaient des évolutions graves également chez les enfants. L'estimation des risques a finalement conduit à des mesures pertinentes visant à protéger la santé publique. Par la suite, les résultats obtenus à l'échelle internationale indiquaient qu'Omicron avait entraîné moins d'évolutions graves de la maladie que les variants précédents; d'autre part, le taux d'occupation des hôpitaux et des USI a constamment diminué. L'analyse de la situation reposant sur les indicateurs a servi de base décisionnelle pour une diminution rapide et enfin une levée des mesures de protection.

Pour ce qui est d'établir une liste des indicateurs potentiels, qui pourraient aussi être utilisés en cas de pandémie future, et de clarifier la manière dont les données correspondantes pourraient être collectées, le Conseil fédéral apprécie que la CdG-N estime que certains indicateurs devraient également servir de base d'appréciation de la menace pour la santé publique lors de futures pandémies. Le Conseil fédéral considère toutefois qu'il n'est pas utile, dans une situation endémique, de déterminer et de publier une liste d'indicateurs à utiliser directement. Pour pouvoir estimer l'efficacité des mesures adoptées et procéder à une évaluation scientifique et épidémiologique solide des risques pour la santé publique, il faut évaluer les indicateurs dans leur globalité et les interpréter sur la base d'une pondération des différents facteurs. Il est impossible de prédire les caractéristiques spécifiques d'une pandémie future alors que l'agent pathogène n'est pas encore identifié. Par conséquent, le Plan suisse de pandémie ne tient pas compte d'un agent pathogène en particulier mais formule des mesures générales de préparation et d'action en vue de maîtriser une pandémie. Le besoin de nouveaux indicateurs est régulièrement évalué afin de se préparer à une pandémie provoquée par un agent pathogène encore inconnu. C'est pourquoi il est prévu d'actualiser régulièrement le plan de pandémie sur la base des dernières connaissances scientifiques.

Dans ce contexte, le Conseil fédéral souligne l'importance de systèmes de surveillance, qui permettent d'évaluer le risque épidémiologique. Les systèmes de surveillance fédéraux en place, tels que le système de déclaration obligatoire, le monitoring

des eaux usées, la surveillance génomique et le système de déclaration Sentinella dans le domaine hospitalier et ambulatoire visent à :

- identifier le virus et la manière dont il circule;
- suivre les variants et savoir estimer rapidement leur effet sur les différentes populations en Suisse;
- garder une vue d'ensemble de l'évolution du degré de gravité ou des formes graves au fil du temps;

Dans ce contexte, il convient également d'attirer l'attention sur les relevés cantonaux de la couverture vaccinale. Ils sont importants pour la surveillance et l'évaluation de l'adéquation et l'efficacité des mesures de vaccination et sont à mettre en lien avec la surveillance d'autres maladies pouvant être prévenues grâce à la vaccination.

Les systèmes de surveillance permettent d'étendre de façon flexible la surveillance aux agents pathogènes potentiels, mais aussi d'adapter la fréquence, la couverture géographique et les groupes cibles. En l'actuelle phase endémique, certains systèmes de surveillance et relevés qui étaient pertinents durant la pandémie ont été suspendus. Par conséquent, en cas de pandémie, il faudrait, en fonction de l'agent pathogène, réintroduire les systèmes et les relevés suivants :

- taux d'occupation des hôpitaux et des USI en fonction de l'agent pathogène déterminé par le Service sanitaire coordonnée (SSC) et la Centrale nationale d'alarmes (CENAL);
- relevé systématique des données cantonales pour recenser la vaccination avec des vaccins nouvellement introduits; en période de pandémie, il est ainsi possible de déterminer l'immunité de la population par rapport à la maladie concernée;
- suivi national du processus de traçage des contacts avec la coopération des cantons.

Vu ce qui précède, le Conseil fédéral tire un bilan positif des indicateurs utilisés durant la pandémie. La flexibilité pour déterminer et pondérer des indicateurs a permis de réagir au contexte épidémiologique changeant et de gérer les instruments de lutte contre l'épidémie. En outre, les systèmes de surveillance en place sont flexibles et évolutifs; ils peuvent donc être adaptés à de futurs agents pathogènes pandémiques et développés sur la base des expériences tirées de la pandémie.

Le Conseil fédéral rejoint la CdG-N sur le fait qu'en cas de nouvelle pandémie, des indicateurs différenciés et déterminés sur la base des agents pathogènes et de la situation épidémiologique devraient être publiés rapidement. Dans le cadre de la révision de la LEp, il examinera la possibilité de définir des valeurs de référence abstraites pour l'évaluation de la menace. L'objectif est de créer les conditions permettant de réunir les données nécessaires, d'une part, et d'institutionnaliser et de numériser les systèmes de surveillance, d'autre part; cela constitue la base pour élaborer des indicateurs spécifiques au cas par cas. C'est pourquoi il s'agira aussi d'analyser les bases légales relatives aux systèmes de surveillance et, le cas échéant, de les compléter afin de pouvoir, si nécessaire, recueillir d'autres données. Toutefois, le Conseil fédéral estime inutile d'élaborer une liste d'indicateurs génériques, car il est d'avis que ces

derniers devraient se baser sur les agents pathogènes potentiels et sur les différentes phases d'une pandémie future.

Recommandation 4: Critères visant à déterminer le passage à la «situation particulière» et le maintien de cette dernière

Le Conseil fédéral est prié d'examiner l'opportunité de préciser les critères figurant à l'art. 6, al. 1, LEp pour déterminer le passage à la «situation particulière», respectivement le maintien de cette dernière et le cas échéant à quel niveau normatif.

Le Conseil fédéral partage l'avis de la CdG-N selon lequel la décision concernant le passage à la «situation particulière», ou le maintien de cette dernière, doit reposer sur le risque concret pour la santé publique en Suisse. À ce sujet, il souligne que selon le droit applicable, une situation particulière n'est pas automatiquement décrétée en Suisse lorsque l'OMS a constaté la présence d'une urgence sanitaire de portée internationale. Il s'agit plutôt de procéder à une évaluation de la menace en Suisse. Par exemple, l'OMS a constaté la présence d'une situation d'urgence de santé publique de portée internationale pour le virus Zika; comme ce dernier ne représentait cependant pas de menace pour la Suisse, aucune mesure prise relevant de la situation particulière n'était requise.

Les travaux en cours de révision partielle de la LEp permettront au Conseil fédéral de vérifier si les critères figurant à l'art. 6, al. 1, LEp visant à déterminer le passage à la «situation particulière» ou le maintien de cette dernière, doivent être précisés et, le cas échéant, de quelle manière.

Partant, le Conseil fédéral adopte cette recommandation et s'exprimera sur le contenu dans le message correspondant, qui sera transmis au Parlement au cours de l'année 2024.

Conclusion

De manière générale, le Conseil fédéral souscrit à la conclusion de la CdG-N selon laquelle le DFI, l'OFSP et l'OFJ ont, dans le cas présent, veillé de manière adéquate au respect des critères constitutionnels au regard des connaissances de l'époque et compte tenu du contexte particulier de la pandémie. Il se félicite également du bilan globalement positif tiré par la CdG-N quant à la collaboration entre l'OFSP et l'OFJ dans le cas de l'extension du certificat COVID-19.

Le Conseil fédéral partage l'avis de la CdG-N sur le fait qu'il faudrait tirer des leçons concernant le respect des droits fondamentaux en vue de crises futures, à l'exemple de l'extension du certificat.

Le Conseil fédéral est prêt à donner suite à la recommandation 1 de la CdG-N, à savoir examiner comment renforcer les possibilités pour l'OFJ d'assumer le contrôle préventif, spécialement pendant les crises.

Il adhère également aux recommandations 2 et 4 de la CdG-N et les intégrera aux travaux en cours, en particulier lors de la révision de la LEp. Dans le cadre de cette révision, cela impliquera notamment d'examiner l'opportunité de préciser le cadre

légal relatif au statut immunitaire. De même, il conviendra d'examiner l'opportunité de préciser les critères de l'art. 6, al. 1, LEp visant à déterminer le passage à la «situation particulière», respectivement son maintien et, le cas échéant, de quelle manière.

Enfin, le Conseil fédéral adhère à la recommandation 3 et tire un bilan positif des indicateurs utilisés durant la pandémie. Il souligne en outre l'importance des systèmes de surveillance mis en œuvre, qui ont fourni les bases de données nécessaires. Lors de la révision de la LEp, le Conseil fédéral examinera la possibilité de définir des valeurs de référence abstraites pour l'évaluation d'une situation à risque et complètera au besoin les bases légales pour les systèmes de surveillance nécessaires. Par ailleurs, en cas de nouvelle pandémie, il se prononce en faveur de la publication rapide d'une liste d'indicateurs différenciée. Il ne juge néanmoins pas utile de définir une liste d'indicateurs générique applicable à toutes les situations à risque.

