

# Le Pass sanitaire tient-il droit ?

---

Le gouvernement souhaite instaurer en procédure accélérée un **pass sanitaire pour les « grands événements »**, c'est-à-dire l'obligation de disposer d'un test de dépistage virologique négatif, d'un certificat de vaccination ou d'un « certificat d'immunité ».

Ce pass sanitaire a vocation à être un dispositif temporaire de protection de la santé publique d'après l'argumentation suivante du gouvernement extraite du dossier législatif :

- Il peut présenter un véritable intérêt pour l'accès aux établissements, lieux ou événements qui mettent en présence simultanément un nombre important de personnes, avec donc un risque élevé de brassage et de contamination.
- "le pass sanitaire", utilisé de manière temporaire et exceptionnelle, peut permettre à la population une forme de retour à la vie normale en minimisant les risques de contamination par le virus SARS-CoV-2.

En soumettant l'accès aux grands événements à la présentation d'un pass sanitaire, en incitant les citoyens à se faire vacciner, en leur imposant de rendre publiques auprès d'autorités administratives des informations de santé confidentielles, **le dispositif proposé porte clairement atteinte aux libertés publiques** : la liberté d'aller, de réunion et de manifester, le libre consentement et la confidentialité en matière de santé.

**Il convient donc de s'interroger si ce pass sanitaire est effectivement utile à l'objectif recherché, s'il respecte l'égalité des citoyens devant le droit et s'il est proportionné**

Après un bref rappel des connaissances sur lesquelles se fonde le dispositif proposé, nous analyserons les faiblesses de ce dispositif au regard du droit français puis européen.

## UN DISPOSITIF FONDE SUR DES CONNAISSANCES FRAGILES

Le pass sanitaire proposé s'appuie sur trois critères de preuve de non contagiosité : les tests de dépistage virologique, les certificats de vaccination, les certificats d'immunité acquise suite à une guérison. Or tout le monde s'accorde à reconnaître que l'on sait finalement peu de chose sur tout cela.

### 1. Incertitude sur la fiabilité des tests RT-PCR

Un test négatif ne prouve pas que la personne ne soit pas porteuse du virus comme l'ont rapporté plusieurs études<sup>1</sup>. C'est d'ailleurs la position actuelle du Ministère de la Santé qui requiert actuellement un isolement de 7 jours des cas contact quand bien même ils auraient un test négatif<sup>2</sup>. Cette position n'est pas que française puisque la CDC américaine dans ses recommandations actuelles requiert aussi le respect d'un isolement de 14 jours en cas de test négatif des cas-contact<sup>3</sup>.

A l'inverse, un test positif ne prouve pas que la personne soit effectivement porteuse d'un virus actif<sup>4</sup>. Le nombre de cycles d'amplification et les réactifs utilisés dépendent du laboratoire qui effectue le test. L'OMS avait ainsi annulé la recommandation de 40 cycles faite en décembre 2020 (pour certifier un cas positif) et a conseillé en janvier 2021 une approche globale de la situation du patient dont le test n'est qu'un élément<sup>5</sup>.

### 2. Incertitude sur la contagiosité des personnes vaccinées

---

<sup>1</sup> <https://www.larevuedupraticien.fr/article/tests-pcr-attention-aux-faux-negatifs>

<sup>2</sup> <https://www.ameli.fr/assure/covid-19/comprendre-la-covid-19-se-proteger/en-cas-de-contact-avec-une-personne-malade-de-la-covid-19>

<sup>3</sup> <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/hcp/testing-verview.html?referringSource=articleShare>

<sup>4</sup> <https://cormandrosthenreview.com/report/>

<sup>5</sup> <https://www.who.int/news/item/14-12-2020-who-information-notice-for-ivd-users>

Les nombreux vaccins disponibles ne prétendent pas prévenir d'une infection mais uniquement diminuer la probabilité de développer une forme grave. Le vaccin le moins efficace réduirait ainsi le risque de contracter une forme grave de Covid de 60% et le mieux-disant 95%. Encore faut-il préciser que cette efficacité a été mesurée sur les variants les plus communs à l'époque des tests cliniques, mais qu'elle est susceptible d'être encore réduite sur les nouveaux variants.

Quel que soit le vaccin, les personnes vaccinées sont donc susceptibles de développer la maladie dans une forme peu grave, et éventuellement plus grave si elles sont concernées par un variant particulier. Et surtout, les études ne permettent pas actuellement de statuer sur leur éventuelle contagiosité. C'est la position retenue le 6 mai 2021 par le Conseil d'Etat sur la base des éléments de défense produit par le gouvernement : « *Au regard des incertitudes qui demeurent quant à la contagiosité réelle des vaccinés susceptibles d'être porteurs sains du virus, [...]* »<sup>6</sup>. C'est aussi la position du conseil scientifique dans son avis du 3 mai 2021 sur le pass sanitaire qui indique une protection contre les infections sévères des personnes vaccinées ou guéries mais une inconnue sur leur possible réinfection et contagiosité : « *Une littérature abondante existe sur la notion d'immunité protectrice post-infection ou acquise après vaccination vis-à-vis d'une infection sévère, avec des données plus restreintes sur la protection de l'infection et sur la transmission.* »<sup>7</sup>

Dans ce même avis, le conseil scientifique évoque la question des variants : la protection vaccinale individuelle existe pour autant que certains variants sont majoritaires, compte tenu que l'efficacité contre d'autres variants est inconnue. Le Président de la République a lui-même indiqué que certains vaccins était plus efficaces que d'autres sur les variants<sup>8</sup> et pour cette raison la Commission Européenne ne commandera plus le vaccin Astrazeneca<sup>9</sup> après le mois de juin.

Enfin, le conseil scientifique indique que la protection par le vaccin opère dans des délais différents selon les vaccins, jusqu'à 4 semaines après pour Johnson et Johnson par exemple. Ce qui fait que même vaccinés avec un vaccin efficace contre un variant particulier, une personne reste susceptible d'être contaminée pendant un certain délai

### **3. Les incertitudes sur les tests et les vaccins confirmées par un maintien de mesures annexes**

Constatant qu'un risque demeure, le conseil scientifique conseille que les grands événements soient encore soumis à des mesures de protection : « *L'utilisation du pass sanitaire ne permet donc pas de se dispenser du port du masque ni de renoncer à exiger une ventilation suffisante des lieux clos. [...] Il paraît raisonnable que la distanciation physique ne soit plus exigée aussi strictement qu'aujourd'hui en cas d'utilisation du pass sanitaire, dès lors que le port du masque est strictement respecté et le lieu clos suffisamment ventilé (ou de plein air, où il est désormais admis par la communauté scientifique que le risque de contamination est très faible)* [...] »

**En résumé, le dispositif du pass sanitaire repose sur des tests à la fiabilité incertaine, des vaccins qui n'empêchent pas la poursuite de la contagion, et requiert donc des mesures complémentaires pour juguler son inefficacité relative inconnue.**

## **LES FAIBLESSES DU DISPOSITIF EN REGARD DU DROIT FRANÇAIS**

### **1. Une utilité non démontrée**

Que ce soit des tests, un vaccin ou une guérison, on peut conclure de ce qui précède, qu'il y a une incertitude du risque de contagion ou de transmission, et que l'amplitude de cette incertitude est inconnue. Dans le cadre d'un grand événement, si le vaccin ne stoppe pas la transmission, les personnes saines testées négatives et non vaccinées, ou les personnes vaccinées non encore immunisés compte tenu

<sup>6</sup> Ordonnance 451455 <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/les-restrictions-de-deplacement-ne-sont-pas-suspendues-pour-les-personnes-vaccinees-ou-ayant-deja-contracte-la-covid-19>

<sup>7</sup> [https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/avis\\_conseil\\_scientifique\\_3\\_mai\\_2021.pdf](https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/avis_conseil_scientifique_3_mai_2021.pdf)

<sup>8</sup> <https://www.msn.com/fr-fr/actualite/france/astrazeneca-face-aux-variants-macron-note-que-dautres-vaccins-sont-plus-efficaces/ar-BB1gywLZ>

<sup>9</sup> [https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/vaccin/video-astrazeneca-la-commission-europeenne-a-decide-de-ne-pas-renouveler-pour-le-moment-sa-commande-de-vaccins-apres-le-mois-de-juin-annonce-thierry-breton\\_4617327.html](https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/vaccin/video-astrazeneca-la-commission-europeenne-a-decide-de-ne-pas-renouveler-pour-le-moment-sa-commande-de-vaccins-apres-le-mois-de-juin-annonce-thierry-breton_4617327.html)

du délai, ou les personnes vaccinées non immunisées à un certain variant sont exposées à la contraction de la maladie par des personnes vaccinées porteuses. Il en va de même, si une personne testée négative est contagieuse : elle peut contaminer d'autres non vaccinés, ou vaccinés récemment ou vaccinés avec un vaccin montrant une efficacité moindre sur certains variants. On conclurait de même avec les personnes ayant une immunité acquise. Ainsi, le pass sanitaire est une tentative de réduire le risque sans aucune possibilité de chiffrer l'intérêt réel de la protection de la santé publique. Son utilité étant inconnue, la restriction de liberté est de ce fait contestable.

De plus, ce qui est probable, c'est qu'en cas de contamination, les personnes présentes à ces événements sont d'autant plus susceptibles de propager le virus puisqu'elles sont vaccinées ou testées récemment négatives et donc rassurées de leur bonne santé. C'est d'ailleurs l'argument que le Ministère de la Santé a utilisé pour refuser les auto-tests. L'effet pourrait donc même être contre-productif en termes de protection de la santé publique. L'utilité n'est donc pas démontrée et le risque de propagation est même potentiellement plus élevé.

## **2. Une rupture de l'égalité devant le droit à la protection de la santé**

Les informations disponibles indiquent qu'une faible proportion de personnes testées négatives sont porteuses de la maladie. En revanche, aucune étude disponible n'a encore démontré de combien la vaccination réduit la contagiosité. De ce fait, mélanger des populations vaccinées et des populations non vaccinées testées négatives est susceptible de faire courir un risque supérieur aux personnes non vaccinées. Ceci est contraire à la protection due à chacun selon l'article 1.1110 du code de la santé publique : « *Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne.* ». Le fait que ces personnes ne puissent ou ne veuillent pas se vacciner n'est pas un argument pour limiter leur droit à la protection.

## **3. Un dispositif discriminatoire pour les non vaccinés**

L'adoption du pass sanitaire interdira de fait l'admission à certains événements ou lieux à toutes les personnes qui ne remplissent pas l'un des trois critères proposés dans le pass sanitaire. C'est notamment le cas des testés positifs asymptomatiques, alors qu'on ne peut démontrer sur des critères objectifs que ces personnes feraient courir un risque plus important que les vaccinés ou les testés négatifs, qui plus est dans le cadre de mesures annexes maintenues. On peut rappeler qu'une étude publiée dans *Nature*<sup>10</sup> indique que 300 personnes asymptomatiques, réellement porteuses du virus, n'ont contaminé aucun de leurs 1174 cas-contact. Elles ne sont donc pas plus dangereuses pour la santé publique. Il s'agit donc d'une discrimination des citoyens sur une base infondée.

Par ailleurs, dans le cas de salons professionnels sur plusieurs jours ou pour les salariés des grands centres de loisirs (parcs, zoo), le pass sanitaire impose de facto une multiplication de tests pour les personnes non vaccinées. Cela conduit à favoriser indirectement l'accès et l'organisation de ces salons à et par des personnes vaccinées. Il faudrait en effet une logistique particulière pour que les non-vaccinés tiennent des stands ou assistent à la totalité du salon. Il en est de même pour les salariés des parcs de loisirs. Ce dispositif est donc discriminatoire pour les non vaccinés, imposant indirectement la vaccination.

## **4. L'impossibilité d'apprécier la proportionnalité des mesures**

Imposer une mesure à l'utilité non connue pour contribuer à réduire les risques de contagion même sans savoir si elles sont effectives, est d'autant plus questionnable qu'elle attente aux libertés publiques. Or avant d'accepter de réduire temporairement les libertés publiques, il convient de déterminer si la réduction de libertés est proportionnée à l'objectif visé.

Sur ce point, il est urgent et essentiel d'être vigilant. Depuis le début de l'état d'urgence sanitaire, les contre-pouvoirs institutionnels ont en effet généralement considéré que les mesures de police sanitaire étaient proportionnées, sans questionner sérieusement les justifications données par le Ministère de la Santé, questionnables sur le plan scientifique et même de leur cohérence logique. Ils pourraient

---

<sup>10</sup> <https://www.nature.com/articles/s41467-020-19802-w>

prononcer un avis similaire sur le point du pass sanitaire. Il est important que les parlementaires s’emparent du sujet et mettent ce point en débat.

**Dans le cas présent du pass sanitaire, l’utilité de la mesure ne pouvant pas être démontrée, et donc encore moins quantifiée, toute réduction de liberté sur cette base conduit nécessairement à une violation d’un droit fondamental.**

## **UN DISPOSITIF CONTESTABLE VIS-A-VIS DU DROIT EUROPEEN**

### **1. Un dispositif en contradiction avec une résolution du Conseil de l’Europe**

Le Conseil de l’Europe s’est prononcé sur la politique vaccinale dans sa résolution 2361<sup>11</sup> du 27 janvier 2021, votée à 115 voix pour et 2 contre. Le Conseil de l’Europe n’est pas contraignant mais un citoyen qui ferait recours de la Cour Européenne des Droits de l’Homme est fondé à invoquer ses décisions. Cette résolution demande “*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*”. Sur ce premier point, il apparaît que faciliter l’entrée de personnes vaccinées dans un grand événement ou une activité de loisir est une forte incitation politique à la vaccination, qui va se traduire par une pression sociale correspondante, notamment de la part de certains employeurs.

De plus, le Conseil demande aux Etats membres “*d’utiliser les certificats de vaccination uniquement dans le but désigné de surveiller l’efficacité du vaccin, les effets secondaires potentiels et les effets indésirables*”. Le pass sanitaire inclut un certificat de vaccination dont l’objet n’est pas lié à ce suivi de pharmacovigilance.

### **2. Un lien contestable avec le « certificat vert numérique »**

On constate que ces dispositions sont également en contradiction avec le règlement du Parlement Européen qui instaure un “certificat vert numérique” aux frontières<sup>12</sup>. Ce règlement, à la différence des résolutions du Conseil, a vocation à être transcrit dans le droit français. Ce règlement fait référence à plusieurs résolutions du Conseil de l’Europe mais pas à la résolution 2361. Le Parlement s’est exonéré de justifier la conformité de son règlement sur ce point, ce qui laisse ouverte la question de sa validité dans le cadre d’une procédure devant la CEDH. Néanmoins, la spécificité du “certificat vert” par rapport au pass sanitaire français est que ce certificat vise à “faciliter la libre circulation pendant la pandémie de COVID-19”. Il poursuit (théoriquement) un objectif de garantie d’un droit fondamental de l’Union, à savoir la libre circulation à travers les pays membres, car ce droit a été fortement entravé par des législations hétérogènes entre les Etats. Or le pass sanitaire à la française ne garantit absolument aucun droit. Il se trouve ainsi directement en contradiction avec la résolution du Conseil de l’Europe et n’est aucunement épaulé par le règlement européen du certificat vert.

## **D’AUTRES MESURES, NON ATTENTATOIRES AUX LIBERTES PUBLIQUES, SONT POSSIBLES**

Nous avons tenté de démontrer qu’un pass sanitaire opèrerait une discrimination et une privation quasi-arbitraire d’une liberté fondamentale. Tout indique par ailleurs que ce système, en principe limité dans le temps, risque d’être pérennisé au nom de la multiplication des variants et des forts risques de nouvelles épidémies.

D’autres mesures de contrôle de l’épidémie plus efficaces et moins attentatoires aux libertés peuvent et doivent être étudiées sérieusement et mise en œuvre, notamment dans le domaine de la prévention et du traitement précoce de la maladie.

Si la prise de conscience des parlementaires n’est pas suffisante pour enrayer le dispositif, nous ne pouvons qu’espérer que des recours devant les juridictions françaises et européennes y feront obstacle.

---

<sup>11</sup> <https://pace.coe.int/fr/files/29004/html>

<sup>12</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0130&from=EN>