



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 630, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

603 2021 102
603 2021 114

Arrêt du 29 juillet 2021

III^e Cour administrative

Composition

Présidente : Anne-Sophie Peyraud
Juges : Marianne Jungo, Johannes Frölicher
Greffière-rapporteure : Vanessa Thalmann

Parties

A._____ et B._____, recourants

contre

**DIRECTION DE LA SANTÉ ET DES AFFAIRES SOCIALES,
autorité intimée**

Objet

Santé publique – Vaccination COVID-19 pour les jeunes âgés de 12 à 15 ans

Recours du 8 juillet 2021

attendu

que, par courrier du 8 juillet 2021, A. _____ et B. _____ se sont adressés au Tribunal cantonal;

que, se référant à un article paru dans le journal "La Liberté" le 24 juin 2021, ils disent vouloir interjeter un recours contre le fait que le canton de Fribourg ouvre la possibilité aux jeunes de 12 à 15 ans de se faire vacciner contre le Covid-19 (603 2021 102);

qu'ils concluent – sous suite de frais et dépens – à ce que le Tribunal cantonal ordonne au canton de Fribourg, principalement, de stopper définitivement la campagne de vaccination Covid-19 des mineurs avec le produit "Comirnaty" de Pfizer ou tout autre produit de même type et, subsidiairement, de ne pas procéder à l'injection d'un produit ARNm Covid-19 à un mineur sans le double consentement éclairé et écrit de ce dernier et de son représentant légal;

qu'ils soutiennent qu'un tel vaccin consiste en une recherche sur l'être humain, qu'on ne connaît pas les effets secondaires de cette nouvelle forme de vaccins et que les risques pour la santé pour l'enfant en cas d'infection avec le virus COVID-19 sont infimes;

qu'ils sont heurtés par le fait qu'il est ainsi possible à leurs deux filles de se faire vacciner sans leur accord, ce qui constitue selon eux une violation de leur autorité parentale;

qu'ils ont également requis que l'interdiction de vacciner soit prononcée sous forme de mesures provisionnelles (603 2021 114);

que le Tribunal a renoncé à procéder à un échange d'écritures;

considérant

que la question de savoir si les parents peuvent interjeter un recours contre la stratégie de vaccination cantonale qui consiste en l'application des recommandations fédérales (cf. https://bag-coronavirus.ch/wp-content/uploads/2021/06/BAG_Merkblatt_Impfung_Jugendliche_297x210_f.pdf, consulté le 28 juillet 2021) peut rester en souffrance dès lors que le recours doit être rejeté sur le fond;

qu'au vu des critiques des recourants, il y a néanmoins lieu de préciser d'emblée qu'on ne se trouve pas en présence d'une décision qui les oblige eux-mêmes ou contraint leurs enfants à procéder à l'administration de cet acte médical. La recommandation de vaccin ne consiste pas en une mesure de caractère obligatoire prise dans un cas d'espèce en application du droit public et qui a pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations, de constater l'existence, l'inexistence ou le contenu de droits ou d'obligations, ou encore de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (cf. art. 4 du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative, CPJA; RSF 150.1). En effet, la loi du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies, LEp; RS 818.101) ne prévoit en principe

pas de vaccinations sous la contrainte. Personne ne peut être vacciné contre son gré, dès lors qu'il n'y a aucune sanction prévue en cas de refus;

que le Tribunal ne voit par ailleurs pas sur quelle base on pourrait parvenir à la conclusion qu'une telle obligation résulterait "de tromperie, de pression, de menaces et de contrainte", comme le prétendent les recourants;

que, cela dit, il y a lieu de circonscrire le contexte dans lequel les recourants s'adressent au Tribunal cantonal comme suit;

que, selon l'art. 9 LEp, l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) informe le public, certains groupes de personnes, les autorités et les professionnels des risques de maladies transmissibles et des mesures possibles pour les prévenir et les combattre (al. 1). Il publie notamment des recommandations sur les mesures visant à lutter contre les maladies transmissibles et sur l'utilisation d'agents pathogènes et les adapte régulièrement à l'état de la science (al. 3, 1^{ère} phrase). L'OFSP élabore et publie des recommandations (plan national de vaccination) en collaboration avec la Commission fédérale pour les vaccinations (art. 20 al. 1 LEp);

que, partant, la Confédération suisse a la compétence de donner des recommandations en ce qui concerne un vaccin et les autorités cantonales doivent notamment collaborer dans le cadre de leur mise en œuvre (art. 9 al. 4 et 21 LEp);

qu'en termes juridiques, une vaccination est une intervention médicale qui, en tant que telle, constitue une atteinte à l'intégrité physique d'une personne;

que l'exigence du consentement éclairé du patient, comme fait justificatif à l'atteinte à l'intégrité corporelle que représente une intervention médicale, est un principe jurisprudentiel tiré du droit à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle (ATF 133 III 121 consid. 4.1.1 et les arrêts cités);

que, selon l'art. 14 CC, toute personne est un enfant jusqu'à l'âge de dix-huit ans révolus, âge auquel il accède à la majorité et peut exercer ses droits;

que la législation suisse prévoit néanmoins une nuance pour les mineurs qui sont capables de discernement à l'art. 19c CC. En cas de capacité de discernement prouvée, les mineurs peuvent exercer certains droits fondamentaux liés à leur personnalité, appelés droits strictement personnels;

que la jurisprudence admet en particulier qu'un patient mineur peut consentir seul à un traitement médical qui lui est proposé lorsqu'il est capable de discernement (ATF 114 Ia 350 consid. 7a). En effet, le mineur capable de discernement peut exercer seul ses droits strictement personnels (cf. art. 19c al. 1 CC), parmi lesquels figure la faculté de consentir à un acte médical (GUILLOD, Le consentement éclairé du patient, 1986, p. 209; THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, *in* Basler Studien zur Rechtswissenschaft, 2004 vol. 15, p. 7). Le mineur ne sera donc représenté par ses parents que s'il est incapable de discernement et l'évolution du droit tend à ce que, même dans cette hypothèse, l'on tienne compte de son avis (THOMMEN, pp. 5 et 40; voir pour le tout, ATF 134 II 235 consid. 4.1 concernant l'ancien art. 19 al. 2 CC);

qu'en résumé, on retient que la décision en faveur ou contre la vaccination est un droit strictement personnel relatif, exercé par les mineurs capables de discernement eux-mêmes. La représentation (non librement choisie) par un tiers n'est pas possible si le jeune est capable de discernement;

qu'une personne a la capacité de discernement si elle peut évaluer une situation et ses conséquences et prendre les décisions appropriées sur la base de cette évaluation. La capacité de discernement doit être évaluée au cas par cas en fonction de la situation concrète et de la question qui se pose. La personne capable de discernement peut demander l'avis de ses proches, de son curateur et/ou de son médecin de famille pour prendre sa décision;

qu'en l'occurrence, les recourants sont d'avis que, d'une manière générale, les enfants entre 12 et 15 ans devraient obtenir le consentement du détenteur de l'autorité parentale pour pouvoir se faire vacciner contre le COVID-19;

que le Tribunal relève qu'en se référant à différents courriers ou interventions et publications, les recourants se sont forgés leur propre opinion sur leur volonté de se faire vacciner contre le COVID-19, comme cela est leur droit;

qu'en exigeant que les enfants entre 12 et 15 ans doivent demander l'accord de leurs parents pour se faire vacciner, les recourants tentent de priver les adolescents d'un droit qu'ils réclament pour eux-mêmes;

qu'une telle solution enfreindrait manifestement les droits fondamentaux de l'enfant dès lors que l'exercice d'un droit strictement personnel relatif lui serait impossible en cas de désaccord des parents. En effet, si on suit les recourants, on s'écarte du principe qui veut que de telles décisions dépendent de la capacité de discernement et non de l'accord du détenteur de l'autorité parentale;

que le Tribunal ajoute que les recourants perdent de vue que l'agent thérapeutique permettant la vaccination pour les enfants de 12 à 15 ans a fait l'objet – avant sa mise sur le marché – d'une procédure d'autorisation étatique émanant de l'Institut suisse des produits thérapeutiques Swissmedic. En effet, après avoir examiné la demande d'extension de l'indication déposée par la société Pfizer le 7 mai 2021, l'Institut a élargi aux adolescents âgés de 12 à 15 ans l'autorisation ordinaire à durée limitée délivrée pour le vaccin de Pfizer - BioNTech destiné à prévenir la maladie à coronavirus (cf. <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/fr/home/news/coronavirus-covid-19/covid-19-impfstoff-pfizer-biontech-fuer-jugendliche.html>, consulté le 28 juillet 2021);

que cette autorisation lie le Tribunal cantonal;

que la mise sur le marché signifie que l'on ne se trouve plus au stade de la recherche sur l'être humain et qu'ainsi, il n'y a plus lieu d'examiner le grief y relatif soulevé par les recourants. En effet, la législation suisse prévoit une réglementation détaillée concernant la mise sur le marché d'un produit thérapeutique (cf. loi du 15 décembre 2000 sur les produits thérapeutiques [LPT_h; RS 812.21] et les ordonnances d'exécution) qui a manifestement été suivie en l'espèce;

que la possibilité de se faire vacciner repose en outre sur la stratégie de vaccination de l'OFSP et de la Commission fédérale pour les vaccinations (CFV; cf. <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-81667.html>, consulté le 28 juillet 2021) et les recommandations de vaccination avec des vaccins à ARNm contre le COVID-19 de l'OFSP et de la CFV (cf. <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home.html>, sous Maladies, Maladies infectieuses: flambées, épidémies, pandémies, Flambées et épidémies actuelles, Coronavirus, Informations pour les professionnels de la santé, Vaccination contre le COVID-19, Recommandations de vaccination, consulté le 28 juillet 2021);

que de telles décisions et recommandations sont prises par des spécialistes. Le Tribunal ajoute que, depuis le 1^{er} janvier 2012, les déclarations d'intérêts des membres des commissions extraparlimentaires sont publiées en ligne dans un annuaire, conformément au principe de la transparence (cf. <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>, sous Documentation, Commissions extraparlimentaires, consulté le 28 juillet 2021). En outre, les personnes dont l'élection est proposée doivent transmettre leurs déclarations d'intérêts au DFI avant d'être nommées au sein de la commission. La CFV s'assure, par des mesures adéquates, que ses recommandations sont élaborées en toute indépendance et à l'abri de conflits d'intérêts directs ou indirects. Cela permet de garantir que l'intégrité et l'impartialité de ses travaux ne seront pas menacées et, par là même, que ses recommandations ne pourront être biaisées. Les membres de la CFV sont tenus de signaler au DFI leurs "liens économiques et financiers" pouvant conduire à un conflit d'intérêts. Il est précisé en outre que les membres de la commission travaillent en qualité d'experts indépendants et impartiaux (cf. <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home.html>, sous L'OFSP, Organisation, Commissions extraparlimentaires, Commission fédérale pour les vaccinations, consulté le 28 juillet 2021);

que, dans un arrêt concernant la vaccination contre la rougeole, le Tribunal fédéral a d'ailleurs explicitement retenu que les recommandations de l'OFSP relatives au vaccin contre la rougeole servent de principes directeur et de diligence (cf. arrêt TF 5A_789/2019 du 16 juin 2020 publié aux ATF 146 III 313 consid. 6). La Cour de céans ne voit pas de raisons de s'écarter de cette appréciation dans le contexte du COVID-19;

qu'il faut rappeler aux recourants que la capacité de discernement nécessaire pour pouvoir faire le choix de se faire vacciner ne signifie pas qu'on doive disposer des connaissances scientifiques permettant de comprendre comment et pourquoi des tels produits agissent dans l'organisme ou comment, techniquement, la sécurité des vaccins est assurée. Les recourants ne prétendent à juste titre pas non plus disposer de telles connaissances pour motiver leur position par rapport au vaccin qu'ils critiquent;

qu'il s'agit davantage de comprendre que la possibilité de se faire vacciner repose sur une procédure étatique reconnue et des réflexions menées par des spécialistes de la santé, de connaître les conclusions de ceux-ci, de connaître les effets secondaires et d'être informé par le personnel qui prodigue l'acte médical;

qu'il y a lieu de relever que les instructions de la Confédération en lien avec la recommandation litigieuse sont claires et conformes aux principes précités: *"Les adolescents à partir de 12 ans ont en principe le droit de décider librement de se faire vacciner, à condition qu'ils soient capables de discernement et qu'ils aient reçu toutes les informations pertinentes. Cela signifie que les enfants capables de discernement (même s'ils ne sont pas majeurs) ont le droit de décider eux-mêmes s'ils souhaitent être vaccinés, bien que cette décision soit prise la plupart du temps, de manière judicieuse, d'entente avec leurs parents. Il incombe au professionnel qui vaccine de vérifier cette capacité de discernement, qui ne peut pas être liée à un âge déterminé, autrement dit pour laquelle il n'est pas possible de définir une limite d'âge générale. Les cantons décident comment, pour les cas particuliers, ils veulent mettre en œuvre la vérification de la capacité de discernement dans les centres de vaccination"* (cf. <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home.html>, sous Maladies, Maladies infectieuses: flambées, épidémies, pandémies, Flambées et épidémies actuelles, Coronavirus, Questions fréquentes, Vaccins, Enfants et adolescents, Les adolescents âgés de 12 à 17 ans peuvent-ils décider de manière indépendante de se faire vacciner, consulté le 28 juillet 2021). On peut également renvoyer aux autres informations disponibles sur le site de de l'OFSP (par ex.

https://bag-coronavirus.ch/wp-content/uploads/2021/06/BAG_Merkblatt_Impfung_Jugendliche_297x210_f.pdf, consulté le 28 juillet 2021);

que les informations de la Direction de la santé et des affaires sociales (DSAS) précisent en outre que les jeunes seront pris en charge dans le centre sous la surveillance d'un pédiatre et qu'il est conseillé aux jeunes qui veulent se faire vacciner d'en discuter avec une personne de référence adulte et de se faire accompagner (cf. <https://www.fr.ch/dsas/actualites/covid-19-fribourg-ouvre-la-possibilite-aux-jeunes-de-12-a-15-ans-de-se-faire-vacciner>, consulté le 28 juillet 2021);

que rien ne laisse par ailleurs penser que les personnes amenées à administrer les vaccins ne seraient pas capables de vérifier si l'enfant qui se présente au guichet dispose de la capacité de discernement et, cas échéant – en cas de doutes y relatifs –, de refuser de prodiguer l'acte médical. On ajoute qu'il existe des documents qui s'adressent aux professionnels de la santé et qui traitent précisément de la question, par exemple les directives médico-éthiques "La capacité de discernement dans la pratique médicale" (publiées par l'Académie suisse des sciences médicales [ASSM], 2019, <https://www.samw.ch/fr.html>, sous Publications, Directives, consulté le 28 juillet 2021);

qu'au vu de ce qui précède, on ne peut de toute évidence pas suivre les recourants dans leur conclusion tendant à interdire d'une manière générale aux enfants de se faire vacciner contre le COVID-19;

que la solution proposée par les recourants serait en outre totalement contraire à la volonté de prendre en considération l'avis du mineur, confirmée dans les conventions internationales. L'art. 12 al. 1 de la convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107) dispose ainsi que "*les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité*". Quant à la convention du 4 avril 1997 sur les droits de l'homme et la biomédecine (RS 0.810.2), elle prévoit aussi qu'en matière d'intervention dans le domaine de la santé, "*l'avis du mineur est pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant, en fonction de son âge et de son degré de maturité*", même si, selon la loi, il n'a pas la capacité de consentir à l'intervention (cf. art. 6 al. 2, 2^{ème} paragraphe; cf. également ATF 134 II 235 consid. 4.1);

qu'il sied en outre de souligner que des parents qui veulent s'opposer au vœu de leurs enfants de se faire vacciner au motif que ceux-ci ne seraient pas capables de discernement – ce que les recourants n'invoquent d'ailleurs pas – peuvent s'adresser à l'autorité de la protection de l'enfant et de l'adulte qui tranchera dans le cas concret (cf. ATF 146 III 313);

que cette même possibilité doit être reconnue à l'enfant qui se heurte à l'interdiction de ses parents;

qu'il y a finalement lieu de relever que le recours d'un particulier formé dans l'intérêt général ou dans l'intérêt d'un tiers est exclu. Cette exigence a été posée de manière à empêcher l'action populaire au niveau de la juridiction administrative (cf. ATF 131 II 649 consid. 3.1 et les références citées). Dans la mesure où les recourants expriment par leur recours leur désaccord avec la stratégie de vaccination de la Confédération, celui-ci doit être déclaré irrecevable pour ce motif;

que, pour les motifs qui précèdent, le recours (603 2021 102) doit être rejeté sur le fond, dans la mesure où il est recevable;

que la requête tendant au prononcé de mesures provisionnelles (603 2021 114) devient sans objet; qu'eu égard à l'issue du recours, les frais de procédure doivent être mis solidairement à la charge des recourants qui succombent, conformément à l'art. 131 CPJA et aux art. 1 et 2 du tarif fribourgeois du 17 décembre 1991 sur les frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150.12); que, pour le même motif, il n'est pas alloué de dépens;

la Cour arrête :

- I. Le recours (603 2021 102) est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.
- II. La requête de mesures provisionnelles (603 2021 114), devenue sans objet, est rayée du rôle.
- III. Les frais de procédure, par CHF 800.-, sont mis solidairement à la charge des recourants. Ils sont compensés par l'avance de frais versée.
- IV. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie.
- V. Notification.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification.

La fixation du montant des frais de procédure peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA).

Fribourg, le 29 juillet 2021/jfr/vth

La Présidente :

La Greffière-rapporteuse :