

## Vaccination contre le COVID-19 : qui décide selon quels critères ?

### Aide-mémoire de la COPMA du 22 janvier 2021

*La vaccination contre le COVID-19 provoque parfois des incertitudes au sein des directions de homes, chez les médecins, les proches et les curateurs. Les incertitudes concernent notamment la question de savoir qui décide de la vaccination et selon quels critères celle-ci doit être effectuée. La COPMA a rédigé un aide-mémoire dans le but de contrer ces incertitudes.*

### Contexte

En termes juridiques, une vaccination est une intervention médicale dans l'intégrité physique d'une personne. La vaccination n'est autorisée que s'il y a **consentement** (éclairé). S'agissant du consentement, il faut évaluer si la personne décide pour elle-même ou si elle doit être représentée par un tiers. Cette question est tranchée sur la base de l'évaluation de la capacité de discernement de la personne qui donne son consentement : la personne est-elle ou non capable de discernement ?

L'**autodétermination** de la personne est l'élément central. L'autodétermination est également pertinente si la personne est représentée par un tiers. Dans ce cas, le facteur décisif est la volonté (présumée) de la personne, qui doit être vérifiée pour chaque situation concrète. La **vaccination n'est pas obligatoire** et il ne doit pas y avoir d'automatisme. Chaque situation doit être examinée pour elle-même et chaque décision doit être prise sur la base des circonstances concrètes de la situation individuelle.

Les développements qui suivent s'inscrivent dans le cadre de la stratégie de vaccination<sup>1</sup> et des recommandations<sup>2</sup> de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) et de la Commission fédérale pour les vaccinations (CFV). Ils traitent de questions spécifiques relatives à la protection des enfants et des adultes. L'aide-mémoire contient des informations générales sur le consentement aux mesures médicales. Dans les situations concrètes, il est toujours nécessaire de **procéder à une pesée des intérêts en présence**, dans laquelle la volonté (présumée) et les intérêts de la personne concernée sont déterminants.

### Principe : les personnes capables de discernement décident elles-mêmes

Une personne capable de discernement donne elle-même son consentement à la vaccination contre le COVID-19. La décision en faveur ou contre la vaccination est un droit strictement personnel relatif qui est exercé par les mineurs capables de discernement et les adultes capables de discernement eux-mêmes, **même s'ils sont sous curatelle** (avec ou sans privation de l'exercice des droits civils), (art. 19c al. 1 CC). 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. La représentation (non librement choisie) par un tiers n'est pas possible si la personne est capable de discernement.

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 capacité de discernement est présumée de par la loi pour les personnes majeures. En cas de doute relatif à la capacité de discernement, il incombe à la personne qui vaccine ou à ses assistants de consulter le médecin de famille et/ou une personne proche afin d'évaluer la capacité de discernement<sup>3</sup>.

En ce qui concerne la vaccination contre le COVID-19, une personne est capable de discernement si elle peut comprendre ce qu'est une vaccination et à quoi sert en particulier la vaccination contre le COVID-19. Elle doit être en mesure, sur la base d'informations adéquates relatives à l'intervention, de comprendre les risques de ne pas être vaccinée ainsi que les risques qui peuvent être associés à la vaccination. Cela nécessite un entretien d'information (voir ci-dessous).

<sup>1</sup> COVID-19 : Stratégie de vaccination (Etat 24.12.2020) de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) et de la Commission fédérale pour les vaccinations (CFV) [ci-après : OFSP/CFV – stratégie de vaccination] : document disponible en ligne [lien](#).

<sup>2</sup> Recommandations de vaccination avec des vaccins à ARNm contre le COVID-19 (Etat 12.1.2021) de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) et de la Commission fédérale pour les vaccinations (CFV) [ci-après : OFSP/CFV – recommandations de vaccination] : document disponible en ligne [lien](#).

<sup>3</sup> Les directives médico-éthiques « La capacité de discernement dans la pratique médicale » (éditeur : Académie suisse des sciences médicales ASSM, 2019 ([lien](#))) sont d'une grande aide pour la pratique.

**Exception: dans le cas de personnes incapables de discernement, la volonté (présumée) est décisive**

Dans le cas de personnes qui ne sont pas (ou plus) capables de discernement, ce sont des tiers qui prennent la décision relative à la vaccination contre le COVID-19. L'art. 378 al. 1 CC prévoit quelles personnes peuvent décider et dans quel ordre (voir ci-dessous). Les personnes incapables de discernement doivent être informées de manière appropriée et impliquées dans la décision. Selon les cas, cette information et l'implication sont réalisées par la personne qui vaccine, le médecin de famille, le médecin du home, le représentant habilité à consentir au traitement ou une autre personne de référence.

Le pouvoir de décision du tiers habilité à représenter n'est pas discrétionnaire, mais doit être guidé en premier lieu par la **volonté connue**, et en second lieu par la **volonté présumée** et les intérêts de la personne incapable de discernement (art. 378 al. 3 CC). L'opinion propre du représentant relative à la question de la vaccination ne doit jouer aucun rôle à cet égard. La volonté (présumée) de la personne incapable est déterminante. Afin de l'établir, il faut au moins procéder aux vérifications suivantes :

- Existe-t-il des directives anticipées contenant des indications relatives à la vaccination contre le COVID-19 ?
- Existe-t-il un advance care planning (projet anticipé des soins) ?
- Existe-t-il d'autres expressions de volonté ou valeurs documentées qui indiquent une volonté présumée ? (Sont particulièrement utiles à cet égard : les discussions avec les proches, les consultations avec le médecin de famille, avec le personnel infirmier, etc.).
- Existe-il des contre-indications médicales ?

D'autres questions peuvent être posées lors de l'entretien d'information. S'il ne fait aucun doute que la volonté (présumée) est de refuser la vaccination contre le COVID-19, le tiers habilité à représenter doit s'opposer à la vaccination, même si cela semble déraisonnable d'un point de vue objectif.

Si la volonté (présumée) ne peut pas être déterminée en raison de l'absence d'indications claires<sup>4</sup>, la personne habilitée à représenter l'intéressé décide en fonction des **intérêts objectifs** de ce dernier ; les recommandations de vaccination de l'OFSP/CFV servent alors de critère (de diligence) objectif. Dans ce cas de figure, elles sont généralement favorables à la vaccination - sous réserve de contre-indications médicales, qui doivent être élucidées dans chaque cas.

**a) Décision par représentation légale**

C'est l'art. 378 al. 1 CC qui permet de déterminer la personne habilitée à accorder (ou à refuser) le consentement : un ordre de préséance énumère les personnes qui peuvent et doivent représenter une personne incapable de discernement pour prendre des décisions relatives aux soins médicaux (comme par exemple une vaccination) :

1. la personne désignée dans les **directives anticipées** ou dans un mandat pour cause d'inaptitude ;
2. **le curateur** qui a pour tâche la représentation dans le domaine médical ;
3. **les proches**, dans l'ordre suivant : conjoint/partenaire enregistré – concubin/partenaire de vie – descendants (enfants/petits-enfants) – parents – frères et sœurs, à condition qu'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière.

Ces personnes ont, en fonction de leur rang dans la liste, le droit de donner leur consentement à la vaccination d'une personne incapable de discernement contre le COVID-19. L'existence des personnes ayant un pouvoir de représentation à un niveau exclut toutes les personnes des niveaux suivants.

Si la personne a un « **curateur** », cela ne signifie pas automatiquement que ce soit lui qui puisse décider de la question de la vaccination. La situation doit être examinée au cas par cas,

- si la personne concernée est capable de discernement pour la question de la vaccination, elle décide elle-même ;
- dans le cas contraire, il faut contrôler si le curateur a un pouvoir de représentation en matière de soins médicaux (curatelle de représentation au sens de l'art. 394 CC avec comme tâche les « affaires

<sup>4</sup> Note : une attitude généralement critique de la personne concernée à l'égard des vaccins dans le passé (documentée dans des directives anticipées ou une attitude négative connue à l'égard des vaccinations contre la grippe ou d'autres vaccinations) ne peut pas être automatiquement interprétée comme une volonté présumée s'opposant à la vaccination contre le COVID-19. Le risque (et les souffrances) lié à une infection par le COVID-19 est nettement plus élevé que celui lié à la grippe ou à la rougeole. Voir également les explications ci-dessous, dans les questions spécifiques, « Comparaison avec d'autres vaccinations (grippe, rougeole, etc.) ».

médicales », « problèmes de santé » ou similaire<sup>5</sup> ; curatelle de portée générale de l'art. 398 CC ; pour les mineurs, une curatelle au sens de l'art. 308 al. 2 CC avec le pouvoir de « représentation pour les questions médicales » ou similaire, ou une tutelle au sens de l'art. 327c CC).

Si le curateur n'a pas de pouvoir de représentation en matière médicale, il doit s'adresser aux proches. Si le curateur a le pouvoir de représentation en matière médicale et qu'il existe des proches faisant partie de la liste de l'art. 378 al. 1 CC, le curateur a l'obligation de contacter ces proches et de tenir compte de leur avis dans une mesure déterminante lorsqu'il s'agit d'établir la volonté présumée de la personne. Le respect de la volonté présumée de la personne sous curatelle vaut naturellement aussi pour le curateur et est confirmé par différentes dispositions légales (notamment l'art. 388 CC et l'art. 406 al. 1 CC, conception individuelle de la vie).

S'agissant des « proches », ils ne sont habilités à représenter que s'ils fournissent « une assistance personnelle régulière ». Le seul fait d'être un membre de la parenté ne suffit pas. Lorsqu'il y a plusieurs personnes de même rang, les médecins peuvent (de bonne foi) présumer que chacun d'eux agit avec le consentement des autres. Lorsque le représentant ne peut être déterminé clairement, que les représentants ne sont pas tous du même avis ou lorsque les intérêts de la personne incapable de discernement sont compromis ou risquent de l'être, l'APEA désigne le représentant (art. 381 al. 2 CC) ou décide elle-même (voir ci-dessous).

#### **b) A titre subsidiaire : décision prise par l'APEA**

Si, dans une situation concrète, il n'existe personne dans la cascade légale des représentants ou si la décision contrevient aux intérêts de la personne concernée en cas de volonté présumée peu claire (ne pouvant pas être établie avec certitude), c'est l'APEA qui décide de la vaccination contre le COVID-19, en application de l'art. 392 ch. 1 CC<sup>6</sup>. De telles situations sont rares. Si elles se présentent, les informations pertinentes du médecin de famille ou du home doivent être consignées par écrit (incapacité de discernement, aucun représentant au sens de l'art. 378 CC, indications médicales ou spécification de l'absence de contre-indications, éventuelles indications à la volonté présumée de la personne) et remises à l'APEA. Il n'est pas admissible que la direction du home, le médecin du home ou le médecin de famille décide seul de procéder à la vaccination ou d'y renoncer<sup>7</sup>, mais qu'un minimum de contrôle externe soit réalisé.

#### **Conclusions**

**Principe** : si la personne est capable de discernement, elle décide elle-même d'accepter ou de refuser la vaccination contre le COVID-19.

**Exception** : si des tiers doivent décider de la vaccination contre le COVID-19 pour une personne incapable de discernement, les réflexions suivantes doivent être menées :

1. L'auto-détermination de la personne concernée doit toujours être garantie, chaque situation doit être appréciée individuellement selon les spécificités du cas.
2. S'il existe des directives anticipées suffisamment précises, la décision est prise selon ces indications.
3. S'il n'existe pas d'indications suffisantes dans des directives anticipées, la décision doit être prise en se fondant sur la volonté présumée de la personne, établie en impliquant les proches et la personne concernée elle-même.
4. S'il est impossible d'établir la volonté présumée de la personne, le consentement à la vaccination doit être donné, sauf s'il existe des raisons médicales (contre-indications) pour ne pas vacciner.

<sup>5</sup> Une simple représentation générale pour « les affaires personnelles » ou « l'assistance personnelle » ne suffit pas. La curatelle d'accompagnement de l'art. 393 CC et la curatelle de coopération de l'art. 396 CC ne confèrent pas de pouvoir de représentation.

<sup>6</sup> L'institution d'une curatelle, prévue par l'art. 381 CC, entre également en considération pour des raisons de temps.

<sup>7</sup> Une question de vaccination ne permet en règle générale pas l'application de l'art. 379 CC (cas d'urgence avec pouvoir de décision du médecin). Pour que cette base légale puisse entrer en considération dans un cas d'espèce, l'urgence doit être clairement démontrée. Il ne peut pas s'agir de la solution standard.

## Questions particulières

### Entretien d'information

Pour qu'une décision de vaccination puisse être prise dans une situation concrète, il est essentiel de disposer d'informations<sup>8</sup> transparentes et compréhensibles. Le médecin doit informer de façon complète et renseigner les personnes désireuses de se faire vacciner capables de discernement ou les représentants des personnes incapables de discernement de tous les éléments importants relatifs à la vaccination prévue. Les explications peuvent être complétées par une information<sup>9</sup> écrite. La possibilité de poser des questions doit être offerte. Dans le cas de formulaires de consentement, une fiche invitant à discuter de la question avec le médecin de famille et/ou les proches doit être jointe.

### Obligation de vaccination de facto des homes

La vaccination contre le COVID-19 est volontaire, ce qui signifie que personne ne peut être forcé à se faire vacciner. Si la direction d'un home impose une obligation de facto de se faire vacciner à ses résidents en les menaçant de résilier le contrat d'assistance en cas de refus de vaccination, l'obligation de vaccination, bien que légale, n'est pas contraignante ; dans cette situation, la personne capable de discernement ou, dans le cas des personnes incapables de discernement, le représentant légal doit toutefois non seulement mettre en balance le risque de la maladie par rapport au risque de la vaccination, mais aussi le risque de la vaccination par rapport à celui d'un environnement de soins moins adéquat.

### Contre-indication

Pour le détail des indications, mesures de précautions et contre-indications, veuillez vous référer aux recommandations de vaccination de l'OFSP/CFV<sup>10</sup>. Il faut vérifier pour chaque situation si un examen médical spécifique est nécessaire avant la vaccination. Dans la mesure du possible, l'existence d'une affection préexistante aiguë ou chronique qui constituerait une contre-indication doit être exclue.

### Enfants et jeunes

La vaccination des enfants et des jeunes de moins de 16 ans n'est pas encore possible à l'heure actuelle. Dès qu'elle sera autorisée, les explications contenues dans l'aide-mémoire s'appliqueront par analogie : les enfants et les jeunes capables de discernement décident eux-mêmes de la vaccination contre le COVID-19 ; s'ils sont incapables de discernement, la décision est prise par le ou les détenteur(s) de l'autorité parentale, le curateur avec pouvoir de représentation en matière médicale ou le tuteur, exceptionnellement l'APEA. Si détenteurs en commun de l'autorité parentale ne sont pas d'accord, c'est l'APEA qui décide<sup>11</sup>.

### Comparaison avec d'autres vaccinations (grippe, rougeole, etc.)

Une comparaison avec la vaccination contre la grippe ou la rougeole n'est possible que dans une mesure limitée. Compte tenu du danger plus important que représente la maladie liée au COVID-19 (plus grande probabilité d'infection, plus grande probabilité d'évolution grave, etc.), la balance des intérêts s'agissant de la vaccination contre le COVID-19 tend plus clairement à considérer la vaccination comme étant dans l'intérêt de la personne concernée. Les expressions de volonté<sup>12</sup>, explicites ou présumées, contraires ou les contre-indications sont toutefois réservées. Voir également la remarque contenue dans la note de bas de page 4.

### Responsabilité

Les curateurs, les proches ou les employés de l'APEA ne peuvent être tenus responsables s'ils ont donné leur consentement à la vaccination contre le COVID-19 ou s'ils l'ont refusé à juste titre en se référant à la volonté présumée suffisamment vérifiée de la personne. Ils sont toutefois responsables de vérifier de manière adéquate la volonté présumée, subsidiairement les intérêts objectifs et les contre-indications. Idéalement, les considérations pertinentes devraient être documentées de manière synthétique.

<sup>8</sup> Voir : Informations relatives au vaccin contre le COVID-19 en langue facile à lire ([lien](#)).

<sup>9</sup> Par exemple : Fiche d'information : vaccination contre le COVID-19 ([lien](#)).

<sup>10</sup> OFSP/CFV – recommandations de vaccination : [lien](#) (chapitre 2.3.1).

<sup>11</sup> A ce sujet, voir un arrêt du Tribunal fédéral concernant la vaccination contre la rougeole (arrêt [5A\\_789/2019](#) du 16 juin 2020) selon lequel les recommandations de l'OFSP relatives au vaccin contre la rougeole servent de principes directeur et de diligence et l'APEA peut et doit trancher la question de la vaccination selon ces recommandations en cas de désaccord des détenteurs de l'autorité parentale sur la question. Pour les enfants et les jeunes incapables de discernement, il est dans la nature des choses que la volonté subjective présumée n'ait guère de poids. Pour les adultes, la solution est différente : voir la note de bas de page suivante.

<sup>12</sup> Chez les adultes, les expressions de volonté explicites ou présumées sont déterminantes ; les recommandations de vaccination de l'OFSP et de la CFV servent de principes directeurs et de diligence, mais sont secondaires. Cela signifie que lorsqu'il existe une expression de volonté explicite ou présumée contre la vaccination contre le COVID-19, cette volonté doit être respectée et, le cas échéant, le consentement à la vaccination doit être refusé, malgré la recommandation de vacciner.