

N° 7836⁷

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2020-2021

PROJET DE LOI**portant modification de la loi modifiée du 17 juillet 2020
sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19**

* * *

**AVIS DE LA COMMISSION CONSULTATIVE
DES DROITS DE L'HOMME**

(9.6.2021)

Conformément à l'article 2 (1) de la loi du 21 novembre 2008 portant création d'une Commission consultative des Droits de l'Homme (CCDH), le 4 juin 2021, la CCDH a été saisie du projet de loi n°7836. Ce dernier vise à prolonger les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 prévues par la loi modifiée du 17 juillet 2020 jusqu'au 15 juillet inclus. En même temps, le projet de loi propose « *une nouvelle série d'assouplissements des mesures actuellement applicables sous l'égide de la loi Covid* » justifiés, selon ses auteurs, par la situation épidémiologique qui se « *caractérise par une évolution généralement favorable et encourageante en ce qui concerne les indicateurs clés relatifs à la situation épidémiologique* ». ¹ Le 8 juin 2021, la CCDH a été saisie d'un projet d'amendements gouvernementaux approuvé par le Conseil de gouvernement dans sa séance du 8 juin 2021. Ces amendements visent principalement à modifier certaines dispositions relatives aux certificats de vaccination et aux tests.

Dans la lettre de saisine, la CCDH a été priée d'émettre son avis « *endéans les meilleurs délais* » étant donné que « *le présent projet de loi doit entrer en vigueur le 13 juin 2021* ». La CCDH rappelle encore une fois que l'urgence dans laquelle le projet de loi doit être examiné et avisé limite de manière considérable la possibilité pour les différents acteurs d'alimenter le débat public et d'effectuer ainsi une analyse plus profonde des mesures. Le présent avis se bornera par conséquent à analyser seulement les modifications principales.

La CCDH note que certains des assouplissements s'inscrivent dans « *l'implémentation du Certificat COVID européen, dont l'entrée en vigueur au niveau de l'UE est prévue pour le 1er juillet 2021 et qui sera déployé au niveau national avec l'entrée en vigueur de la nouvelle mouture de la Loi. Ce Certificat permettra, dans certains cas, aux personnes qui pourront se prévaloir soit d'un schéma vaccinal complet, soit d'un résultat de test négatif, soit d'une attestation de rétablissement (« régime COVID Check »), de ne pas se voir imposer certaines restrictions (...)* ». ² Dans ce cas de figure, les mesures sanitaires initialement applicables ne seront plus obligatoires. La CCDH comprend que l'adaptation de la législation nationale au futur Règlement UE soit judicieuse. Toutefois, elle regrette les explications lacunaires relatives à la finalité, l'utilité et les risques potentiels de certaines nouvelles mesures qu'ils impliquent, tant au niveau de la lutte contre la propagation du virus qu'au niveau du respect des droits humains (I).

Par ailleurs, la CCDH note que le projet de loi sous avis reprend partiellement la proposition de loi n° 7808 relative à la stratégie de dépistage du virus Covid-19 dans les structures pour personnes vulnérables et dans les réseaux d'aides et de soins (II). La CCDH salue le fait que les mesures, jusqu'alors intégrées au sein d'une ordonnance, soient dorénavant prévues par une loi et réitère, à l'instar de plusieurs de ses avis antérieurs, l'importance du processus législatif en cas de mesures entraînant une limitation des droits fondamentaux. Elle se demande cependant pourquoi le projet de loi sous avis n'a

1 Projet de loi 7836, Exposé des motifs, pp. 1-2.

2 *Ibid*, p. 2.

pas retenu la proposition de loi n° 7797 portant sur la mise en place d'un protocole sanitaire au sein des structures d'hébergement pour personnes âgées et des réseaux d'aides et de soins.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, la CCDH tient encore à saluer la levée de certaines mesures restrictives qu'elle n'a eu de cesse de remettre en question dans ses avis précédents : l'abolition du couvre-feu et de l'interdiction de la consommation d'alcool sur la voie publique, ou encore l'extension de l'exception à l'obligation de la distanciation physique et du port du masque aux artistes non professionnels. Elle salue aussi d'une manière générale que le nombre de personnes pouvant se réunir sans restrictions particulières passera de quatre à dix : tel est le cas pour les réunions à domicile, pour les terrasses du secteur de l'HORECA, les activités sportives ainsi que les activités musicales dans les établissements accueillant des ensembles de musique. Néanmoins, la CCDH se doit de regretter l'incohérence et l'illisibilité générales du texte du projet de loi.

I. La reconnaissance des certificats de vaccination et son impact sur les droits humains

À titre préliminaire, il y a lieu de rappeler les grandes lignes du « régime Covid check » prévu par le projet de loi sous avis (A). La CCDH est d'avis que la vaccination joue un rôle important dans la lutte contre la pandémie, mais elle souligne qu'elle ne doit pas donner lieu à des traitements différentiels non-justifiés : en effet, l'utilisation de données relatives à l'immunisation pour accorder un accès privilégié à des droits crée des risques de discrimination et d'arbitraire (B). La reconnaissance d'un certificat de vaccination ou de rétablissement, assortie de certaines prérogatives, doit par conséquent suivre une approche fondée sur les droits humains. Toute différence de traitement devra être justifiée et strictement limitée à ce qui est nécessaire et proportionnel (C).

A. Le régime « Covid check »

Le « régime Covid check » sera applicable « à des établissements accueillant un public, manifestations ou événements dont l'entrée est exclusivement réservée aux personnes pouvant se prévaloir soit d'un **certificat de vaccination** (...), soit d'un **certificat de rétablissement** (...), soit d'un **certificat de test Covid-19** (...), indiquant un résultat négatif (...) ou aux personnes qui présentent un **test autodiagnostique** servant au dépistage du virus SARS-CoV-2 réalisé sur place et dont le résultat est négatif (...) ». ³ Seules les personnes âgées de moins de six ans seront dans ces cas exemptées de l'obligation de réaliser un test autodiagnostique sur place ou de présenter un certificat.

Le choix de recourir ou non au régime Covid check reviendra aux gestionnaires d'un établissement accueillant du public et aux organisateurs de manifestations ou d'événements. Si ceux-ci décident de ne pas adopter ce régime, ils devront mettre en place les restrictions sanitaires prévues par le projet de loi pour le secteur ou l'activité concernés.

Le projet de loi prévoit la possibilité de recourir au régime Covid check dans le secteur de l'HORECA (pour l'intérieur et les terrasses) ; pour les rassemblements de plus de dix personnes jusqu'à cinquante, voire trois cents personnes ; pour les activités occasionnelles et accessoires de restauration et de débit de boissons (y compris dans le contexte d'activités sportives et musicales) ; ainsi que pour les activités musicales et sportives.

Les auteurs du projet de loi semblent d'ailleurs vouloir accorder un champ d'application large aux activités et établissements pouvant recourir au régime Covid check. Ainsi, dans les commentaires des articles, il est précisé qu'il « (...) peut s'agir p. ex. d'exploitations commerciales ou non commerciales voire d'établissements culturels ouverts au public comme p. ex. un magasin, un centre de fitness, un cinéma, un théâtre qui souhaite uniquement accueillir un public vacciné, rétabli ou testé négatif ». ⁴ Seuls les établissements qui ne sont pas ouverts au public semblent être exclus du champ d'application. La CCDH s'interroge dans ce contexte aussi si le gouvernement a réévalué les mesures applicables au secteur scolaire (à part la limitation de l'obligation du port de masque aux espaces intérieurs) et dans quelle mesure le régime Covid check pourra y être appliqué. D'une manière générale, aux yeux de la CCDH, il n'est pas clair pourquoi et dans quelles situations le régime Covid check pourra être utilisé. La CCDH estime que le champ d'application reste trop imprécis et devrait être précisé davantage pour

³ Projet de loi 7836, Article 1^{er} Point 28.

⁴ Projet de loi, Commentaire des articles, p. 2.

des raisons de sécurité juridique. Cette exigence d'une loi claire, accessible et intelligible est d'autant plus important lorsqu'il s'agit de mesures restrictives.

Le régime s'appliquera en outre en principe à l'intégralité de l'établissement en question ou pour la durée intégrale de l'événement concerné. Néanmoins, les établissements auront le choix du moment où le régime serait applicable, et également, de l'adoption d'un système mixte si la taille de ou des établissement(s) le permet.⁵ Avant l'adoption de ce dernier, il conviendra d'effectuer une « *notification préalable par voie électronique à la Direction de la santé* » et de procéder à un « *affichage visible* ». La CCDH souligne dans ce dernier contexte qu'il faudra veiller en tout cas à ce que cet « *affichage* » soit accessible conformément au principe du « *Design for ail* », notamment afin d'éviter la création de barrières supplémentaires pour les personnes en situation de handicap.

Les nouveaux articles 3*bis*, 3*ter* et 3*quater* déterminent les conditions applicables à l'établissement des certificats de vaccination, de rétablissement, respectivement des tests « TAAN »⁶ et des tests antigéniques rapides.⁷ Tandis que le projet de loi prévoit que la validité du certificat de rétablissement prendra fin « *au plus tard* » 180 jours à compter du premier résultat positif, il n'y a aucune précision par rapport à la durée de validité d'un certificat de vaccination. La CCDH regrette cette imprécision et déplore par ailleurs aussi qu'il ne soit pas clair selon quelles modalités la validité du certificat de rétablissement prendra fin et comment les personnes concernées en seront informées. Elle s'interroge également sur la disponibilité des données relatives aux personnes rétablies au cours des six derniers mois afin de permettre à celles-ci d'avoir accès au certificat de rétablissement.

La CCDH s'interroge plus particulièrement sur la justification du 2e paragraphe de l'article 3*bis*, qui prévoit que les modalités d'émission de certificats de vaccination aux agents de l'État et aux membres de leurs familles, qui, dans l'exercice de leurs fonctions, auraient été amenés à se faire vacciner dans un pays tiers, seront fixées par le Directeur de la santé. Selon les informations à la disposition de la CCDH, pour toutes les autres personnes, seuls les vaccins ayant obtenu une autorisation de mise sur le marché par l'UE semblent pouvoir faire l'objet d'une certification. La CCDH ne comprend pas cette différence de traitement et exhorte le gouvernement à veiller à ne pas créer des situations discriminatoires et arbitraires. Elle s'interroge dans ce contexte aussi sur la reconnaissance des certificats de vaccination des personnes ayant reçu un vaccin qui n'est pas officiellement reconnu ou administré au Luxembourg ou dans l'Union européenne.

D'une manière générale, la CCDH estime que l'utilisation de certificats de vaccination ou de rétablissement par le gouvernement et par des acteurs privés (professionnels du secteur HORECA, organisateurs d'événements...), pour justifier la levée de certaines restrictions sanitaires, soulève de nombreuses questions. La CCDH déplore plus particulièrement que le gouvernement n'a ni justifié le recours au régime *Covid check*, ni analysé son impact potentiel sur les droits humains (voir *infra*). Si la CCDH estime que la vaccination est essentielle pour la lutte contre la propagation de Covid-19, elle souligne qu'elle ne doit en aucun cas devenir une source de discriminations.

B. L'importance du droit d'être vacciné et du principe de non-discrimination

La CCDH se félicite des progrès réalisés lors de la campagne de vaccination : en effet, la lutte contre la pandémie passe avant tout par l'accroissement des efforts en matière de production et d'administration de vaccins. Il est éminemment important de porter une attention particulière aux personnes en situation de vulnérabilité. En outre, la CCDH ne peut qu'insister que les restrictions aux libertés individuelles ou d'autres contraintes imposées soient progressivement et régulièrement revues, en tenant compte des connaissances scientifiques acquises.⁸ Elle souligne dans ce contexte que le droit d'avoir accès aux vaccinations est un droit humain qui relève notamment du droit à la santé. La CCDH rappelle

⁵ *Ibid*, p. 2.

⁶ Défini par l'article 1, point 25 du projet de loi sous avis comme étant « un test d'amplification des acides nucléiques moléculaires telles que les techniques de réaction en chaîne par polymérase après transcription inverse (RT-PCR), d'amplification isotherme induite par boucle (LAMP) et d'amplification induite par transcription (TMA), utilisé pour détecter la présence de l'acide ribonucléique (ARN) du SARS-CoV-2. »

⁷ Défini par l'article 1, point 26 comme étant « une méthode de test qui repose sur la détection de protéines virales (antigènes) en utilisant un immuno-essai à flux latéral qui donne des résultats en moins de 30 minutes ».

⁸ Conseil de l'Europe, *Protection des droits de l'homme et « pass vaccinal »*, 31.03.21, disponible sur <https://rm.coe.int/protection-des-droits-de-l-homme-et-pass-vaccinal/1680a1fac3>, p. 4.

aussi que le gouvernement a l'obligation de veiller à ce que tout un chacun ait un accès équitable aux vaccins : en effet, la stratégie de vaccination doit cibler et englober toutes les personnes. La CCDH dispose d'informations concernant de nombreuses personnes fragilisées, vivant dans une grande précarité, qui ne sont pas prises en compte dans la stratégie de vaccination et de ce fait, risquent de passer entre les mailles du filet. Il faut en outre veiller à la qualité de l'information, à la sensibilisation, à la lutte contre la désinformation et à l'amélioration de l'acceptation des vaccins. La CCDH est d'avis que le but de la campagne de vaccination doit être la protection de la santé et le retour à la « normalité » pour tout un chacun, sans aucune discrimination.

La CCDH estime cependant que la mise en place du système *Covid check* et la reconnaissance des certificats pour justifier la levée des restrictions pour certaines personnes est susceptible de renforcer davantage certaines inégalités. Le fait d'accorder des prérogatives aux personnes vaccinées, rétablies ou testées négatives, constitue une différence de traitement fondée notamment sur l'état de santé des personnes concernées. Si les alternatives à la vaccination, tels que les tests, ne sont pas facilement et gratuitement accessibles, il y a par conséquent un risque de discrimination important pour les personnes se trouvant dans des situations socio-économiques plus précaires. Il s'agit souvent de personnes qui ont déjà dû subir des impacts disproportionnés tout au long de la pandémie.⁹

La CCDH renvoie dans ce contexte également aux recommandations et préoccupations formulées par la Secrétaire Générale du Conseil de l'Europe, Marija Pejčinović Burić :

« (...) [L]'utilisation éventuelle de certificats de vaccination, comme celle de données relatives à l'immunisation, à des fins autres que strictement médicales, par exemple pour donner aux personnes concernées un accès exclusif à des droits, services ou lieux publics, soulève de nombreuses questions de respect des droits de l'homme. (...) »

En effet, une telle utilisation pourrait empêcher la jouissance de certains droits fondamentaux par des individus, voire par une grande partie de la population, qui ne disposeraient pas d'un tel certificat ou ne pourraient justifier d'une immunisation. Outre le risque de discrimination en matière de droit à la liberté de mouvement, cette approche d'accès exclusif pourrait avoir des conséquences sur la jouissance d'autres droits et libertés fondamentaux, tels que, par exemple, le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit à la liberté de réunion ou le droit à la liberté de religion, et elle pourrait poser des risques de discrimination, voire de stigmatisation ou d'arbitraire en matière notamment d'accès à l'emploi, au logement ou à l'éducation.

Ces risques sont d'autant plus réels que le progrès de la campagne de vaccination ne permet pas encore d'assurer à chacun la possibilité d'accéder à la vaccination et qu'il n'est aucunement assuré que la situation des personnes qui, pour des raisons notamment médicales, ne pourront pas être vaccinées, sera dûment prise en considération (...) ».¹⁰

Voilà pourquoi la CCDH met en garde contre la mise en place d'un système qui accorderait des avantages aux personnes vaccinées ou aux personnes rétablies d'une infection Covid-19. Si le gouvernement veut malgré tout introduire un tel système, il doit scrupuleusement prendre en compte les droits humains de toutes les personnes concernées.

C. Une approche fondée sur les droits humains

Toute décision relative à un éventuel mécanisme de reconnaissance des certificats de vaccinations doit être fondée sur les droits humains.¹¹ Il faut dans ce contexte aussi aborder la question du degré de réduction du risque de transmission du virus ainsi que la durée de protection contre une infection (1). L'efficacité d'un tel mécanisme doit également être prouvée en ce qui concerne la protection de la santé et la gestion de la pandémie.

⁹ CCDH, *La crise sanitaire et ses conséquences : Quels impacts sur les droits humains ?*, Rapport, 25.01.2021, disponible sur https://ccd.h.public.lu/content/dam/ccdh/dossiers_th%C3%A9matiques/bilan_covid19/rapports/2021/Covid-EffetsDroitsHumains-DocReflexion-20210225.pdf.

¹⁰ Conseil de l'Europe, *Protection des droits de l'homme et « pass vaccinal »*, 31.03.21, disponible sur <https://rm.coe.int/protection-des-droits-de-l-homme-et-pass-vaccinal/1680a1fac3>, p. 3.

¹¹ Scottish Human Rights Commission, *Commission cautions that any moves to introduce COVID-19 status certificates must take full account of human rights*, 28.04.2021, disponible sur <https://www.scottishhumanrights.com/news/commission-cautions-that-any-moves-to-introduce-covid-19-status-certificates-must-take-full-account-of-human-rights/>; voir également Scottish Human Rights Commission, *COVID-19 Status Certificates: Human Rights Considerations*, disponible sur https://www.scottishhumanrights.com/media/2176/21_04_28_-covid-certificates-and-human-rights-vfinal.pdf

Par ailleurs, il doit avoir fait l'objet d'une analyse approfondie en termes de nécessité et de proportionnalité (2). Les alternatives prévues pour les personnes non-vaccinées doivent être des alternatives viables et équivalentes. En tout cas, tout mécanisme doit être temporaire et il faut qu'il y ait des révisions et des contrôles réguliers, ouverts et transparents de la nécessité et de la proportionnalité, d'une manière générale, mais également dans tous les secteurs où un tel mécanisme est utilisé.

Or, la plupart des considérations précédentes ne semblent pas avoir été prises en compte par le gouvernement pour l'élaboration du projet de loi sous avis.

1. La question de l'existence de preuves scientifiques claires et objectives

Si l'efficacité de la protection offerte par les vaccins contre une infection par le virus, voire contre la dangerosité de ses effets, fait l'objet d'un large consensus, il en va différemment en ce qui concerne la question du risque de transmission du virus après avoir été vacciné. En effet, le Conseil de l'Europe souligne dans ce contexte « *qu'il reste de nombreuses inconnues sur le plan scientifique concernant la capacité des vaccins contre la COVID-19 à limiter la transmission ou la durée de la protection apportée par la vaccination. Il est donc difficile d'évaluer à ce stade avec suffisamment de précision la réalité des risques de transmission que présenterait une personne vaccinée.* »¹²

La CCDH regrette que ni les commentaires des articles, ni l'exposé des motifs du projet de loi sous avis ne fournissent d'explications y relatives.

En revanche, selon les informations communiquées par le gouvernement, « *[m]ême après [la] vaccination, il faudra continuer à respecter les gestes barrière et autres mesures de protection, et ce aussi longtemps que la crise sanitaire n'aura pas été maîtrisée de manière efficace notamment via l'immunité collective. En effet, il n'est pas exclu à l'heure actuelle qu'une personne vaccinée ne puisse plus être porteuse du virus. Or, cela prendra du temps avant de parvenir à cette immunité. Il faut qu'un nombre suffisant de personnes soit immunisé.* »¹³ De plus, l'exposé des motifs précise que « (...) les inconnues entourant [le variant Delta] demeurent nombreuses, notamment en ce qui concerne son degré de transmissibilité et de pathogénicité, mais aussi en ce qui concerne l'efficacité de certains vaccins par rapport à ce variant ».

Selon les informations à la disposition de la CCDH, il est acquis que la vaccination réduit le risque de transmission du virus. Or, comme déjà souligné ci-dessus, il ne semble pas y avoir de consensus scientifique à l'heure actuelle sur la question de combien ce risque est diminué.¹⁴ Il en va d'ailleurs de même en ce qui concerne la transmission du virus après avoir été rétabli d'une infection par Covid-19.

La CCDH renvoie dans ce contexte aussi à l'avis du Conseil d'État relatif à la proposition de loi n° 7808 : « *Ce dispositif constitue une innovation par rapport aux textes légaux et réglementaires existant en la matière, en ce qu'il instaure un dispositif spécifique pour les personnes vaccinées ou guéries. Le Conseil d'État donne à considérer que le concept de « présence d'anticorps » permettant de conclure à une immunité éventuelle ne fait pas encore l'unanimité dans le milieu médical, ni quant à la durée d'une telle immunité, ni quant au taux d'anticorps nécessaire. Dans le même ordre d'idées, il n'est pas encore scientifiquement prouvé qu'une personne vaccinée n'est plus susceptible d'être*

12 Conseil de l'Europe, *Protection des droits de l'homme et « pass vaccinal »*, 31.03.21, disponible sur <https://rm.coe.int/protection-des-droits-de-l-homme-et-pass-vaccinal/1680a1fac3>, p. 3 ; voir également Organisation Mondiale de la Santé, *Interim position paper: considerations regarding proof of COVID-19 vaccination for international travellers*, 05.02.21, disponible sur www.who.int/news-room/articles-detail/interim-position-paper-considerations-regarding-proof-of-covid-19-vaccination-for-international-travellers.

13 Site internet du Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg, *FAQ Vaccination*, disponible sur <https://covid19.public.lu/fr/vaccination/faq-vaccination.html> ; voir aussi Université du Luxembourg, *Covid-19 Vaccines*, disponible sur https://www.fr.uni.lu/layout/set/print/coronavirus/informations_faq_par_sujet/vaccination ; voir également Merryyn Voysey et autres, *Single Dose Administration, and the influence of the Timing of the Booster Dose on Immunogenicity and Efficacy of ChAdOx1 nCoV-19 (AZD1222) Vaccine*, 01.02.21, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3777268 ; voir également Organisation Mondiale de la Santé, *Interim position paper: considerations regarding proof of COVID-19 vaccination for international travellers*, 05.02.21, disponible sur www.who.int/news-room/articles-detail/interim-position-paper-considerations-regarding-proof-of-covid-19-vaccination-for-international-travellers.

14 Université du Luxembourg, *Covid-19 Vaccines*, disponible sur https://www.fr.uni.lu/layout/set/print/coronavirus/informations_faq_par_sujet/vaccination ; voir également Merryyn Voysey et autres, *Single Dose Administration, and the influence of the Timing of the Booster Dose on Immunogenicity and Efficacy of ChAdOx1 nCoV-19 (AZD1222) Vaccine*, 01.02.21, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3777268

porteuse du virus Sars-CoV-2, voire de le transmettre. Aussi, le Conseil d'État estime-t-il que la mise en place d'une telle approche dans le cadre de la protection de la population vulnérable relève actuellement de l'opportunité politique. »¹⁵

Au lieu de justifier leur décision, les auteurs de la proposition de loi concernée ont simplement fait un renvoi au Certificat vert de l'Union européenne.¹⁶ La CCDH regrette cette façon de procéder et estime que dans l'absence d'explications supplémentaires, il sera difficile, voire impossible de conclure à la nécessité et à la proportionnalité du régime *Covid check*.

La CCDH note aussi que le gouvernement vise à exempter les personnes vaccinées ou rétablies de la mise en quarantaine prévue à l'article 7 (1) de la loi modifiée du 17 juillet 2020. Le 31 mai 2021, Madame la Ministre de la Santé, en réponse à la question parlementaire n°4139 du 21 avril 2021, avait encore affirmé qu'il « (...) convient de rester prudent [d'envisager une adaptation du régime de quarantaine] tant que le taux de vaccination complète de la population reste faible (...). Dans cette situation, le virus peut encore facilement trouver un hôte susceptible à l'infection et entretenir ainsi des chaînes de transmission, et donc potentiellement toucher des personnes non-protégées ou moins bien protégées (p.ex. personnes âgées) ». La CCDH se demande en quoi la situation aurait changé endéans cinq jours pour justifier l'exemption des personnes vaccinées ou rétablies de la mise en quarantaine.

Au vu des inconnues scientifiques concernant la réduction du risque de propagation du virus, la CCDH estime que la question du but légitime poursuivi et de sa justification reste encore à être prouvée par le gouvernement. En tout cas, elle se demande si le régime *Covid check* est susceptible de protéger adéquatement la santé de tout un chacun. La CCDH exhorte le gouvernement à veiller à la transparence et à justifier davantage ses décisions en tentant dûment compte des risques pour les droits humains.

2. Analyse de la proportionnalité et de la nécessité

Si le gouvernement décide de maintenir le régime *Covid check*, la CCDH souligne que la question d'accorder des traitements préférentiels aux personnes vaccinées ou rétablies doit être abordée de manière ouverte, publique, transparente et inclusive. En effet, si le gouvernement décide de permettre, voire de soutenir le recours à des certificats de vaccination ou de rétablissement pour faciliter l'exercice de certains droits et libertés, tandis que les personnes non-vaccinées devront recourir à des alternatives, cette différence de traitement devra être strictement encadrée et respecter les principes de nécessité et de proportionnalité. En ce qui concerne plus spécifiquement la vaccination, la Cour européenne des droits de l'Homme a souligné l'importance de la prise en considération des principes de nécessité et de proportionnalité en cas d'intervention médicale non volontaire, qui constituerait une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée.¹⁷

Comme cela a déjà été abordé précédemment les alternatives prévues ne doivent pas créer des inégalités : au contraire, elles doivent être basées sur les droits humains et être équivalentes au régime applicable aux personnes vaccinées ou rétablies. D'une manière générale, la CCDH exhorte le gouvernement à analyser l'impact et les risques d'une telle approche pour les droits humains avant de consacrer dans une loi. Par ailleurs, il faudra procéder à une évaluation et à des adaptations régulières. Dès qu'il n'est plus nécessaire ou proportionnel, le régime *Covid check* devra être aboli.

Or, le modèle proposé par les auteurs du projet de loi ne semble pas avoir tenu compte de ces principes et risquera par conséquent de produire des effets discriminatoires pour une partie de la population.

D'abord, le régime *Covid check* s'appliquera à toutes les personnes de plus de six ans, indépendamment de la situation personnelle des personnes concernées. Au vu de son champ d'application vague et des avantages économiques et individuels, le régime *Covid check* a vocation à devenir d'application générale. Toutes les personnes non-vaccinées seront dès lors obligées de se faire tester avant de pouvoir

15 Avis du Conseil d'État n° 60.625 du 11 mai 2021 relatif à la proposition de loi n° 7808, disponible sur [https://chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServletImpl?path=7EE2498EB19454308676937908ED4CE378558307D1E82AE781AEE157C9E1815E384DBBBE5473ECE88CC470A037C6CC6A\\$D820657ECDEEFCF5F001C7C2864E5246](https://chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServletImpl?path=7EE2498EB19454308676937908ED4CE378558307D1E82AE781AEE157C9E1815E384DBBBE5473ECE88CC470A037C6CC6A$D820657ECDEEFCF5F001C7C2864E5246), p. 4.

16 Amendements adoptés le 19 mai 2021 par la Commission de la Santé et des Sports à la proposition de loi n°7808 : « Dans ce contexte, l'auteur de la proposition de loi renvoie vers la Commission européenne qui propose de créer un Certificat vert numérique pour faciliter la libre circulation en toute sécurité dans l'Union européenne durant la pandémie Covid-19. Ce certificat prouvera qu'une personne a été vaccinée contre la Covid-19, qu'elle a reçu un résultat négatif à un test de dépistage ou qu'elle a guéri de la Covid-19. ».

17 Cour EDH, Arrêt Vavřička et autres c. République tchèque, Grande Chambre, 8 avril 2021, paragraphe 263.

entrer dans certains lieux ou de participer à certaines activités. Tandis que la vaccination est gratuite, les alternatives à celle-ci ne le seront pas forcément : le projet de loi ne précise en effet pas qui devra prendre en charge les frais relatifs aux tests. Or, si les tests ne peuvent pas être réalisés gratuitement, les personnes non-vaccinées seront désavantagées. Il en va de même si des mesures ne sont pas prises pour qu'ils soient aisément et rapidement accessibles.

La CCDH note, dans ce contexte, que le gouvernement a annoncé que toute personne entre 6 et 30 ans aura droit à un bon pour faire un test. La CCDH souligne cependant qu'un seul test ne suffira pas pour mettre les personnes non-vaccinées sur un pied d'égalité avec les personnes vaccinées ou rétablies. Cette mesure touchera donc d'une manière disproportionnée les enfants et les jeunes, qui ont été affectés considérablement par la pandémie.¹⁸ Par ailleurs, la CCDH rappelle au gouvernement qu'un nombre élevé des personnes âgées de plus de 30 ans n'a pas encore pu se faire vacciner, voire ne pourra jamais le faire pour des raisons médicales.

La CCDH note aussi que lors d'une conférence de presse du 2 juin 2021,¹⁹ le Premier Ministre a affirmé que l'État ne prendra pas en charge les frais relatifs aux tests pour les personnes qui ne veulent pas se faire vacciner et qui voudraient partir en vacances. Or, la CCDH tient à rappeler au gouvernement que le projet de loi sous avis ne s'appliquera pas seulement aux personnes voulant voyager – mais d'une manière générale à tous les établissements ouverts au public (dont les magasins, théâtres, ...), aux rassemblements et manifestations, aux activités musicales et sportives, ainsi qu'à certains établissements et services notamment pour personnes âgées. Les personnes non-vaccinées seront donc très probablement touchées par les répercussions du projet de loi dans de nombreuses activités de leur vie privée, professionnelle et publique. Par ailleurs, la CCDH rappelle au gouvernement que les personnes qui se déplacent à l'étranger ne le font pas toutes forcément pour « faire des vacances ».

La CCDH note par ailleurs que le régime *Covid check* sera également susceptible de s'appliquer aux « *restaurants sociaux sans but lucratif pour les personnes indigentes* », risquant ainsi de rendre encore plus précaire la situation des personnes non-vaccinées ayant recours à ces services.

Le régime *Covid check* prévu par le projet de loi créera donc indéniablement des obstacles supplémentaires pour toutes les personnes susmentionnées. La CCDH souligne que ceux-ci seront d'autant plus difficiles à surmonter pour les personnes qui se trouvent déjà dans une situation de précarité, voire qui ont déjà souffert de manière disproportionnée pendant la pandémie. Même si le gouvernement vise à laisser le choix aux établissements et organisateurs eux-mêmes de recourir au régime *Covid check*, le gouvernement ne pourra pas se dédouaner de son obligation de veiller à ce que les droits humains de tout un chacun soient respectés. C'est la raison pour laquelle la CCDH exhorte le gouvernement à adapter le régime *Covid check* tel que prévu par le projet de loi, ou tout au moins de veiller à ce que les alternatives soient équivalentes – c.à.d. facilement accessibles et gratuites. Dans ce même ordre d'idées, elle se pose la question de savoir si la mise en place du régime *Covid check* est judicieuse à l'heure actuelle alors qu'une grande partie de la population n'a pas encore pu avoir accès à la vaccination.

II. Obligation de réaliser des tests autodiagnostiques pour le personnel, les prestataires externes et les visiteurs de certaines structures et services

Le présent projet de loi évoque dans son article 11, paragraphe 1^{er}, une obligation pour « *les médecins, les médecins-dentistes, les pharmaciens et les professions de santé visées par la loi modifiée du 26 mars 1992 sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de santé (...) ainsi que tout autre personnel dès lors qu'il a un contact étroit avec les patients, pensionnaires ou les usagers des établissements susmentionnés* » de présenter deux fois par semaine un test autodiagnostique négatif, à réaliser à l'entrée des « *établissement[s] hospitalier[s], [des] structure[s] d'hébergement[s] pour personnes âgées, [des] service[s] d'hébergement[s] pour personnes en situation d'handicap, [des] centre[s] psycho-gériatrique[s], [des] réseau[x] d'aides et de soins, [des] atelier[s] protégé[s], [des] service[s] d'activités de jour, ou [des] service[s] de formation* ».

¹⁸ CCDH, *La crise sanitaire et ses conséquences: Quels impacts sur les droits humains ?*, Rapport, 25.01.2021.

¹⁹ Conférence de presse du 2 juin 2021 suite à la réunion du Conseil de Gouvernement, disponible sur www.youtube.com/watch?v=WwwefdLIWFq&t=645s.

La CCDH tient à rappeler l'importance du respect des droits humains, notamment si une personne refuse de satisfaire cette obligation. Le projet de loi n'apporte aucune précision quant aux conséquences d'un tel refus, ce qui soulève plusieurs questions : hormis l'impossibilité d'entrer dans l'enceinte de ces structures, quelles seront les autres conséquences ? L'employeur pourra-t-il ne pas rémunérer la personne concernée pour les heures de travail manquantes, ou un licenciement pourra-t-il être prononcé pour faute grave ? La CCDH note par ailleurs que suite aux amendements gouvernementaux du 8 juin 2021, le personnel qui n'a pas de contact étroit avec les patients, pensionnaires ou les usagers, ne seront pas soumis à ces obligations.

De plus, le second paragraphe dudit article manque également de précisions. Il évoque l'obligation selon laquelle les prestataires de services externes ainsi que les visiteurs âgés de plus de 6 ans doivent effectuer un test autodiagnostique à chacune de leurs entrées dans les lieux susvisés. Or, en l'absence de données concernant la validité de ces tests autodiagnostiques, il est supposé qu'un test puisse être demandé plusieurs fois dans la même journée, ou la même semaine. Cette pratique pourrait sembler excessive, et la question de sa nécessité et proportionnalité devrait être prise en considération. Il revient également au gouvernement de garantir que la mise à disposition des tests autodiagnostiques soit gratuite pour toute la durée de l'application de ces mesures et pour toutes les personnes accédant aux structures concernées.

La CCDH tient également à rappeler, qu'outre la volonté de préserver la santé des personnes vulnérables, le gouvernement luxembourgeois ne devrait pas perdre de vue la nécessité de respecter les droits humains de ces personnes, y compris le droit au respect de leur vie privée et familiale. Compte tenu de ces nouvelles obligations pesant sur les employés et les visiteurs, la CCDH exhorte le gouvernement de veiller à ce que toutes les restrictions non-justifiées soient levées et que le respect des droits humains des personnes âgées et en situation de handicap soit garanti.²⁰ La CCDH renvoie dans ce contexte à son rapport sur l'impact de la pandémie sur les droits humains ainsi qu'à son avis relatif au projet de loi sur la qualité des services pour personnes âgées.²¹

Au vu de tout ce qui précède, la CCDH exhorte le gouvernement à revoir le projet de loi sous avis en tenant dûment compte de ses interrogations et recommandations. Pour le surplus, la CCDH renvoie à ses autres recommandations et critiques formulées dans ses avis et rapports précédents.

20 À noter aussi que selon l'exposé des motifs, « Depuis le 17 mai, aucune nouvelle infection n'a été enregistrée parmi les résidents des structures pour personnes âgées. »

21 CCDH, *La crise sanitaire et ses conséquences : Quels impacts sur les droits humains ?*, Rapport, 25.01.2021 ; voir également CCDH, Avis 08/2021 du 31 mars 2021, disponible sur <https://ccd.h.public.lu/fr/actualites/20201/AVISPERSONNESAGEES.html>.