

Le “certificat vert numérique” : une entrave disproportionnée, inefficace et inéquitable à la libre circulation des citoyens européens

Analyse de la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un cadre pour la délivrance, la vérification et l'acceptation de certificats interopérables de vaccination, de test et de rétablissement afin de faciliter la libre circulation pendant la pandémie de COVID-19 (certificat vert numérique)

Sommaire

La proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la mise en place d'un certificat vert numérique s'avère, d'une part, coercitive dans la mesure où elle ajoute des entraves à la libre circulation des citoyens européens et, d'autre part, inefficace car les mesures qu'elle met en place ne garantissent pas les objectifs de santé publique (empêcher la transmission du SARS-CoV-2) qui en constituent la justification. Outre le fait que le postulat de base du certificat vert numérique repose sur des affirmations scientifiques inexactes et incomplètes, dans son libellé actuel, la proposition viole les droits fondamentaux des citoyens européens, et notamment le droit à la libre circulation au sein de l'UE et le droit à la protection des données à caractère personnel.

Résumé

La Commission européenne a formulé une proposition de Règlement européen relatif à la mise en place d'un certificat vert numérique en vue de faciliter la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne pendant la pandémie de Covid-19. A travers ce certificat, la Commission poursuit, selon ses propres dires, un double objectif : d'une part, faciliter la libre circulation des citoyens européens au sein de l'Union européenne et, d'autre part, poursuivre un objectif de santé publique qui consiste à empêcher la transmission du SARS-CoV-2. Aujourd'hui, lorsque des citoyens de l'UE souhaitent se rendre dans un autre Etat membre, ils doivent faire face à de multiples restrictions et exigences imposées par les Etats membres, avec des différences importantes selon l'Etat membre de destination concerné. Par sa proposition de Règlement, la Commission souhaite coordonner les initiatives nationales qui restreignent la libre circulation des personnes en vue d'empêcher la transmission du SARS-CoV-2.

Pour réaliser ce double objectif, la Commission prévoit l'exigence d'un certificat vaccinal ou, alternativement, d'un certificat de test négatif de détection (test PCR ou test antigénique) ou encore d'un certificat de rétablissement après une infection précédente.

Notre analyse a permis de conclure que la proposition de Règlement n'est convaincante ni sur le plan scientifique, ni sur le plan juridique.

Sur le plan scientifique tout d'abord, aucun des trois certificats ne permet de garantir l'absence de risque de transmission du SARS-CoV-2. S'agissant du certificat vaccinal, le postulat sur lequel repose l'article 5 de la proposition - à savoir, le fait que (tous) les vaccins contre la COVID-19 empêcheraient la transmission du virus - est inexact et incomplet et ne repose aucunement sur des bases scientifiques probantes. De manière plus fondamentale, ceci démontre que, dans l'état actuel de la science, le principe même d'un certificat vaccinal est problématique et potentiellement discriminatoire. Ce caractère problématique a été reconnu par l'OMS qui n'est pas en faveur de la mise en place de passeports vaccinaux. Pour ces mêmes raisons, plusieurs Etats des Etats-Unis ont, d'ailleurs, rejeté le principe du passeport vaccinal et le gouvernement fédéral des Etats-Unis a annoncé qu'il n'émettra pas ces passeports vaccinaux.

Les alternatives envisagées par la proposition de Règlement (certificat de test négatif et certificat de rétablissement) n'offrent pas davantage de garantie d'absence d'infection ou de transmission du SARS-CoV-2. D'une part, les certificats de test négatif se contentent d'offrir une photographie instantanée d'une situation qui peut déjà être différente quelques heures plus tard. Une personne dont le test est négatif peut très bien être infectée et devenir contagieuse le lendemain du test. Par ailleurs, la réalisation de tests PCR sans prise en compte de la probabilité pré-test engendre un nombre de faux positifs important. Une personne non-infectée pourrait ainsi être empêchée de voyager au motif que le test PCR donne un résultat positif compte tenu du fait que le corps de cette personne n'a pas encore éliminé tous les fragments ARN d'une ancienne infection. D'autre part, le certificat de rétablissement ne garantit pas l'absence de réinfection et donc de risque de transmission. Le certificat de rétablissement ne tient pas davantage compte du fait que toute immunité suite à une infection précédente n'est pas nécessairement facile à détecter.

Aucune des alternatives envisagées ne permet donc de garantir l'objectif de santé publique qui consiste en l'absence de transmission du SARS-CoV-2. En revanche, ces différents certificats nécessitent des démarches administratives et médicales qui constituent une entrave à la libre circulation. Le coût peut, dans certains cas (test PCR, analyse médicale, etc.), être non négligeable, surtout lorsqu'il s'agit de voyager en famille et que toute la famille doit être munie d'un certificat pour voyager (un test PCR coûte environ 50 euros pour une personne, pour une famille avec deux enfants, cela représente donc un coût de 200 euros, ce qui ne manquera pas de dissuader les moins fortunés de voyager et creusera de ce fait les inégalités).

De manière plus fondamentale, le certificat vert numérique a été présenté comme "le passeport" qui allait rendre la liberté de voyager et de circuler aux citoyens européens. Cette affirmation est contredite par le texte même de la proposition de règlement, qui permet aux États membres d'accueil, de continuer à imposer aux titulaires du certificat vert numérique des restrictions supplémentaires, voire même de leur interdire l'entrée sur le territoire. Ainsi, une personne en possession d'un

certificat vert numérique pourrait encore se voir appliquer une exigence de test ou une quarantaine après son arrivée dans le pays de destination.

Il apparaît ainsi que, loin de supprimer les entraves à la libre circulation qui résultent notamment de la grande diversité de mesures nationales, la proposition de Règlement ajoute de nouvelles entraves à la libre circulation, tout en laissant aux Etats membres la possibilité de conserver celles qui existent déjà. Par ailleurs, au niveau de la santé publique, le certificat vert numérique est tout simplement inefficace et, dès lors, inutile puisque, quelle que soit la forme choisie (certificat de vaccination, certificat de test négatif ou certificat de rétablissement), il ne peut garantir l'absence de risque d'infection et, partant, de transmission du SARS-CoV-2.

Sur le plan juridique, la proposition de Règlement ne respecte pas le cadre juridique applicable et viole plusieurs droits fondamentaux. La proposition de règlement met en place des restrictions à la libre circulation des personnes qui sont justifiées (même si c'est scientifiquement discutable) par des motifs de santé publique. Une telle restriction doit toutefois poursuivre un objectif légitime et être proportionnelle et nécessaire à la réalisation de l'objectif. En outre, elle ne peut violer le principe de non-discrimination. Il apparaît, tout d'abord, que la proposition est discriminatoire à plusieurs égards. Premièrement, il y a une discrimination entre les ressortissants des Etats membres dans lesquels la vaccination est gratuite et les ressortissants qui doivent se faire tester dans les pays dans lesquels les tests ne sont pas gratuits. Deuxièmement, il existe une discrimination entre des personnes qui ne sont plus contagieuses mais dont le test est positif et les personnes qui possèdent un test négatif (seules ces dernières pouvant franchir librement les frontières). Troisièmement, il existe une discrimination entre les résidents de pays dans lesquels un test PCR (plus coûteux, plus lent) sera exigé et les résidents de pays dans lesquels un test antigénique sera considéré comme suffisant. Quatrièmement, une discrimination peut également être constatée entre les ressortissants des Etats membres dans lesquels certains vaccins sont autorisés et les ressortissants des Etats membres qui n'autorisent pas les mêmes vaccins. La restriction à la libre circulation n'est pas non plus proportionnelle. D'une part, comme évoqué ci-dessus, compte tenu de l'état actuel des connaissances scientifiques, elle ne permet pas d'atteindre, avec un degré raisonnable de certitude, l'objectif de santé publique (non-transmission du SARS-CoV-2). D'autre part, dans la mesure où elle sera appliquée massivement et de manière systématique à tous les résidents de l'UE, sans distinction de la situation sanitaire du pays d'origine et de la situation sanitaire dans le pays de destination, elle est manifestement disproportionnée. Un citoyen qui voyagerait en provenance d'une zone verte vers une zone rouge devrait donc être muni du certificat vert numérique, de même que le citoyen qui voyagerait d'une zone rouge vers une zone rouge. Enfin, la mise en place du certificat vert numérique n'est pas limitée dans le temps (aucun terme déterminé) et son champ peut être étendu à d'autres "maladies similaires", ce qui dépasse manifestement les exigences de proportionnalité et de nécessité

La proposition de Règlement est ainsi discriminatoire (violation des articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE) et ne respecte pas le

principe de proportionnalité (violation de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et de l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne).

Enfin, la mise en place d'un certificat vert numérique implique également le traitement de données médicales lesquelles sont considérées comme des données très sensibles dont le traitement est, sauf exceptions, interdit (article 9 du Règlement général de la protection des données). La Commission invoque précisément l'une des exceptions consacrée à l'article 9 pour justifier du traitement et de la transmission de ces données dans le cadre de la mise en place du certificat vert numérique. Ici aussi, par identité de motifs, il faut constater que le traitement proposé n'est pas proportionnel, ni nécessaire à la réalisation de l'objectif. La proposition de Règlement viole également l'article 9 du RGPD en ce qu'elle ne prévoit aucune mesure appropriée et spécifique pour la sauvegarde des droits fondamentaux. La proposition de Règlement ne comporte ainsi aucune indication, ni aucune liste en annexe, des autorités nationales à qui les données relatives à la santé des voyageurs pourront être transmises et qui auront accès à ces données. Elle ne prévoit, par ailleurs, aucune garantie quant au risque de l'utilisation des données de santé issues des certificats par les Etats membres dans le cadre des restrictions nationales que l'État membre d'accueil pourrait encore imposer en vertu de l'article 10 aux titulaires du certificat.

La proposition de Règlement viole l'article 9 du RGPD et, partant, l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux et l'article 16 du TFUE.

I. Contexte

1. La Commission européenne a formulé une proposition de Règlement européen (ci-après la "Proposition") relatif à la mise en place d'un "certificat vert numérique" (ci-après le "Certificat"),¹ qui fait suite à une recommandation du 13 octobre 2020 relative à une approche coordonnée de la restriction de la libre circulation en réaction à la pandémie de COVID-19.² Par ailleurs, la Commission collabore avec les Etats membres au sein du réseau "Santé en ligne", un réseau volontaire rassemblant les autorités nationales chargées de la santé en ligne, pour *"préparer l'interopérabilité des certificats de vaccination"*³ et pour élaborer, ensemble avec le comité de sécurité sanitaire⁴ *"un ensemble commun harmonisé de données pour les certificats de résultats de test⁵ COVID-19, des orientations sur les certificats de rétablissement⁶ et les ensembles de données concernés, et une ébauche sur l'interopérabilité des certificats sanitaires"*.

2. C'est sur la base de ces travaux que la Commission a proposé d'établir un cadre à l'échelle de l'UE pour la délivrance, la vérification et l'acceptation des certificats de vaccination au sein de l'UE, des certificats attestant d'un résultat négatif à un test de dépistage d'une infection par le SARS-CoV-2 ainsi que des certificats qui attestent que la personne concernée s'est rétablie d'une infection précédente au SARS-CoV-2, dans le but de faciliter la libre circulation des personnes au sein des Etats membres. Les alternatives à la vaccination (certificat de résultat négatif à un test de dépistage et certificat de rétablissement) ont été prévus pour éviter que le Règlement ne soit interprété comme établissant une obligation ou un droit d'être vacciné.⁷

II. Objet et plan de l'analyse

3. L'objet de la présente contribution est de fournir une analyse critique de la Proposition de Règlement en vue du débat qui doit avoir lieu au sein du Parlement européen et en vue des mesures complémentaires que les Etats membres devront adopter au niveau national pour permettre l'entrée en vigueur du futur Règlement si celui-ci devait être adopté par le Parlement européen et par le Conseil. La Proposition soulève, en effet, de délicates questions, tant en ce qui concerne les objectifs, l'objet et la portée du Certificat, que sa conformité avec le cadre juridique applicable, notamment en matière de libre circulation, de protection du droit au respect à la vie privée et des données à caractère personnel.

¹ Proposition du 17 mars 2021, COM(2021) 130 final.

² Recommandation (UE) 2020/1475 du Conseil, *J.O.*, L-337 du 14.10.2020.

³https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/vaccination-proof_interoperability-guidelines_en.pdf

⁴ Institué par l'article 17 de la décision n° 1082/2013/UE du Parlement européen et du conseil, *J.O.*, L 293, du 5.11.2013, p. 1.

⁵https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/preparedness_response/docs/covid-19_rat_common-list_en.pdf

⁶https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/trust-framework_interoperability_certificates_en.pdf

⁷ p. 3 de la Proposition.

4. La présente contribution abordera donc ces thématiques, en se concentrant sur les objectifs de la Proposition et les mesures proposées (III), l'analyse des objectifs de santé publique à la lumière de l'état actuel des études scientifiques (IV) et le respect du cadre juridique et des droits et libertés fondamentaux (V).

III. Les objectifs de la Proposition et les mesures proposées

5. Il ressort de l'exposé des motifs de la Proposition que, sur la base des travaux techniques effectués jusqu'à présent, la Commission propose d'établir un cadre à l'échelle de l'UE pour la délivrance, la vérification et l'acceptation des **certificats de vaccination** au sein de l'UE, dans le contexte d'un «certificat vert numérique». Dans le même temps, ce cadre devrait également couvrir d'autres certificats délivrés pendant la pandémie de COVID-19, à savoir les documents certifiant un résultat négatif à un test de dépistage d'une infection par le SARS-CoV-2 (**certificats de test**) ainsi que les documents attestant que la personne concernée s'est rétablie d'une infection précédente par le SARS-CoV-2 (**certificats de rétablissement**). Dans le cadre de la présente analyse, ces trois types de certificats - qui seront détaillés plus loin - seront dénommés ensemble "**certificat vert numérique**".

6. En ce qui concerne les objectifs du certificat vert numérique, il faudra distinguer entre l'objectif explicite avancé par la Commission dans sa Proposition, à savoir celui de "*faciliter l'exercice de la libre circulation*" et l'objectif de santé publique poursuivi par cette mesure, à savoir le fait d'empêcher la propagation du virus SARS-CoV-2 et, dès lors, la contamination des ressortissants de l'Union.

7. Nous reviendrons en détails plus loin sur le premier objectif, dans le cadre de l'analyse juridique proprement dite. A ce stade, nous tenons à souligner l'absurdité du raisonnement qui consiste à affirmer que la mise en place d'une restriction à la libre circulation des personnes puisse être qualifiée, *in fine*, de mesure apte à faciliter l'exercice de cette libre circulation.

8. En ce qui concerne le second objectif, la Proposition indique explicitement que l'objectif de la Commission est de coordonner les initiatives nationales qui restreignent la libre circulation des personnes en vue d'empêcher la transmission du SARS-CoV-2.⁸

IV. L'analyse des objectifs de santé publique à la lumière de l'état actuel des études scientifiques

IV.1 Certificat de vaccination

9. L'article 5 de la Proposition crée un certificat (unique) de vaccination, partant du postulat qu'une personne vaccinée contre le SARS-CoV-2 ne peut plus transmettre le virus.

⁸ Considérants 3 et 6 de la Proposition.

10. Or, ce postulat s'avère scientifiquement discutable à la lumière de l'état actuel des études scientifiques.

11. Il convient tout d'abord de noter que le degré (élevé) d'efficacité des vaccins annoncé par les différents fabricants de vaccins se réfère seulement aux cas symptomatiques.⁹ Il reste donc à déterminer dans quelle mesure les personnes vaccinées peuvent être contaminées et asymptomatiques, sachant qu'un cas asymptomatique peut transmettre le virus et contaminer d'autres personnes. Ceci repose sur la distinction, fondamentale, entre l'immunité qui protège une personne en ce qu'elle empêche le développement des symptômes de la maladie d'une part, et l'immunité qui est également capable d'interrompre la transmission du virus, d'autre part. Le fait d'ignorer cette distinction peut procurer une fausse impression de sécurité aux personnes vaccinées en leur faisant penser, erronément, qu'elles ne peuvent plus être contaminées et, partant qu'elles ne risquent plus de transmettre le virus aux autres personnes.¹⁰ Ainsi, les vaccins administrés par voie parentérale ne semblent pas pour autant procurer une forte immunité mucoale de nature à empêcher l'infection ou la transmission du virus.¹¹ L'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) explique également sur son site internet que la question de savoir si une personne vaccinée peut être infectée et transmettre le virus n'est pas encore résolue et demeure source de grandes incertitudes.¹² Ce point est également mis en évidence dans une opinion commune émise par le *Comité européen de la protection des données* et le *Contrôleur européen de la protection des données* rendue le 31 mars 2021 à propos de la Proposition.¹³

12. Si les essais cliniques faits sur les différents vaccins permettent de penser que la vaccination réduit les risques de transmission du virus, il apparaît tout d'abord, qu'à ce stade, cela ne peut être affirmé avec une certitude raisonnable pour des situations en environnement réel (à distinguer des essais cliniques). Selon la prestigieuse revue *Nature*, il est extrêmement difficile de prouver que la vaccination empêche la transmission du virus, car cet effet peut s'expliquer par des facteurs externes, d'une part, et qu'il est difficile

⁹ Mark Connors, Barney S. Graham, H. Clifford Lane, Anthony S. Fauci, "SARS-CoV-2 vaccines: much accomplished, much to learn", *Annals of Internal Medicine*, 19 janvier 2021, <<https://www.acpjournals.org/doi/10.7326/M21-0111>>, (consulté le 8 avril 2021).

¹⁰ Mark Connors, Barney S. Graham, H. Clifford Lane, Anthony S. Fauci, "SARS-CoV-2 vaccines: much accomplished, much to learn", *Annals of Internal Medicine*, 19 janvier 2021, <<https://www.acpjournals.org/doi/10.7326/M21-0111>>, (consulté le 8 avril 2021).

¹¹ Russell, M.W., Moldoveanu, Z., Ogra, P.L. et Mestecky, J., "Mucosal Immunity in COVID-19: A Neglected but Critical Aspect of SARS-CoV-2 Infection", *Frontiers in Immunology*, 30 novembre 2020, <<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fimmu.2020.611337/full>>, (consulté le 8 avril 2021).

¹² OMS, Science in 5, Episode #23 - I am vaccinated, what next ?, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/media-resources/science-in-5/episode-23---i-am-vaccinated-what-next?qclid=CjwKCAjw07qDBhBxEiwA6pPbHk09GAflqTMYsfp40HwIAi3ayVAueWdQk_pC2SCrcpvygXeDZMbGQhoCtGAQAvD_BwE>, (consulté le 8 avril 2021).

¹³ "EDPB-EDPS Joint Opinion 04/2021 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (Digital Green Certificate)", version 1.1, 31 mars 2021, <https://edps.europa.eu/system/files/2021-04/21-03-31_edpb_edps_joint_opinion_digital_green_certificate_en_0.pdf>, p. 14 : "We note that, at the time of the preparation of this Joint Opinion, there seems to be little scientific evidence supporting the fact that having received a COVID-19 vaccine (...) grants immunity or how long it lasts".

d'identifier avec précision les cas de transmission dus à des personnes asymptomatiques, d'autre part.¹⁴

13. Ensuite, bien que, selon les fabricants des vaccins, la vaccination empêcherait la transmission du virus, ceux-ci admettent que cet effet ne concernerait qu'un certain pourcentage des personnes vaccinées. Pour le vaccin Moderna, il est fait état d'une réduction de deux tiers de cas asymptomatiques parmi les personnes ayant reçu la première injection, comparées à celles ayant reçu le placebo (le taux réel d'infection pouvant toutefois être plus important car les personnes concernées n'ont été testées que deux fois par mois). Pour le vaccin d'AstraZeneca, la réduction serait de 49,3 % pour les personnes vaccinées en comparaison avec une population non vaccinée (tests effectués une fois par semaine) et pour le vaccin de Pfizer, ces données ne sont pas encore disponibles car Pfizer n'a que récemment commencé à faire des tests sur l'éventuelle transmissibilité du virus par des personnes vaccinées.¹⁵ Dans ce cadre, il n'est pas à exclure que les vaccins à ARN-messager (Pfizer et Moderna) donnent de meilleurs résultats que les vaccins à vecteurs viraux (AstraZeneca et Johnson & Johnson). Un certificat de vaccination devrait donc, pour atteindre son objectif, inclure une différenciation selon le type de vaccin, ce qui serait toutefois un facteur discriminant dès lors que les personnes ne peuvent, en règle générale, choisir quel vaccin elles vont se faire administrer.

14. Sur des échantillons limités, des chercheurs ont pu observer une charge virale plus faible auprès des personnes vaccinées et infectées mais il n'existe, à ce stade, pas de preuves scientifiques concluantes que cela signifierait également une contagiosité plus limitée.¹⁶ L'incidence de la vaccination sur une éventuelle contamination par des "super-contaminateurs" demeure, par ailleurs, encore inconnue, le phénomène des "super-contaminateurs" n'étant pas encore expliqué lui-même. Dès lors que le vaccin n'empêche pas pour une partie de la population vaccinée d'être contaminée, il faut tenir compte de la possibilité d'une transmission importante du virus par quelques "super-contaminateurs", nonobstant leur vaccination.¹⁷ Enfin, les vaccins qui sont pour l'instant sur le marché et qui n'ont fait l'objet que d'une autorisation conditionnelle par l'Agence Européenne des Médicaments soulèvent encore beaucoup d'incertitudes notamment quant à leur efficacité face à certains variants viraux de même qu'en ce qui

¹⁴"Can covid vaccines stop transmission ? Scientists race to find answers", *Nature*, 19 février 2021, <https://www.nature.com/articles/d41586-021-00450-z?utm_source=Nature+Briefing&utm_campaign=72250739fb-briefing-dy-20210222&utm_medium=email&utm_term=0_c9dfd39373-72250739fb-45689842>, (consulté le 7 avril 2021).

¹⁵"Can covid vaccines stop transmission ? Scientists race to find answers", *Nature*, 19 février 2021, <https://www.nature.com/articles/d41586-021-00450-z?utm_source=Nature+Briefing&utm_campaign=72250739fb-briefing-dy-20210222&utm_medium=email&utm_term=0_c9dfd39373-72250739fb-45689842>, (consulté le 7 avril 2021). Pour un premier aperçu, voy. toutefois les résultats publiés par le Center for Disease Control, 2 avril 2021, <https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/mm7013e3.htm?s_cid=mm7013e3_w> qui fait état d'une efficacité de 80% pour Pfizer (critère utilisé comme *endpoint*: test pcr) (consulté le 8 avril 2021).

¹⁶"Can covid vaccines stop transmission ? Scientists race to find answers", *Nature*, 19 février 2021, <https://www.nature.com/articles/d41586-021-00450-z?utm_source=Nature+Briefing&utm_campaign=72250739fb-briefing-dy-20210222&utm_medium=email&utm_term=0_c9dfd39373-72250739fb-45689842>, (consulté le 7 avril 2021).

¹⁷<https://www.nature.com/articles/d41586-021-00460-x?utm_source=Nature+Briefing&utm_campaign=d15e33148b-briefing-dy-20210224&utm_medium=email&utm_term=0_c9dfd39373-d15e33148b-45689842>, 23 février 2021 (consulté le 7 avril 2021)

concerne la durée de leur efficacité.¹⁸ Les caractéristiques de ces vaccins sont, par ailleurs, très différentes alors que la Proposition ne tient pas compte des particularités de ces différents vaccins.

15. Il ressort de ce qui précède que le postulat sur lequel repose l'article 5 de la Proposition - à savoir, le fait que (tous) les vaccins contre la COVID-19 empêcheraient la transmission du virus - est inexact et incomplet et ne repose aucunement sur des affirmations scientifiques certaines ou étayées.

16. De manière plus fondamentale, ceci démontre que, dans l'état actuel de la science, le principe même d'un certificat vaccinal est problématique et potentiellement discriminatoire. Ce caractère problématique a été reconnu par la porte-parole de l'OMS, Mme M. Harris, qui a déclaré le 6 avril 2021 que l'OMS n'est pas en faveur de la mise en place de passeports vaccinaux.¹⁹ Plusieurs Etats aux Etats-Unis ont, d'ailleurs, rejeté le principe du passeport vaccinal²⁰. Le gouvernement fédéral des Etats-Unis a annoncé qu'il n'émettra pas ces passeports vaccinaux.²¹

17. Enfin, à l'appui de ce qui vient d'être exposé ci-dessus, force est de souligner que toutes les communications officielles et/ou gouvernementales recommandent aux personnes vaccinées de continuer à appliquer les gestes barrières (distanciation sociale, port du masque, etc.) car la vaccination contre la COVID-19 ne protège pas contre une infection ou contre la transmission du virus. Le Conseil de l'Union européenne l'admet aussi implicitement lorsqu'il suggère d'inclure un texte standard sur le certificat vert numérique invitant le voyageur à bien vérifier, avant de voyager, les mesures de santé publique et les restrictions applicables dans le pays de destination (article 3, alinéa 3a)²².

18. A ce stade, il est donc impossible d'affirmer avec une certitude raisonnable que le recours au certificat de vaccination dans le cadre de l'émission d'un certificat vert numérique permettra d'atteindre les objectifs visés par cette restriction à la libre circulation des personnes qui justifient la Proposition, à savoir d'empêcher la transmission du virus.

¹⁸ T. Osama, M.S. Razai, A.Majeed, "Covid-19 vaccine passports: access, equity, and ethics", *BMJ* 2021; 373, 1er avril 2021, <<https://doi.org/10.1136/bmj.n861>>, (consulté le 9 avril 2021).

¹⁹ <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-who-vaccines-idUSKBN2BT158?taid=606cbdd0a0a3570001acd819&utm_campaign=trueanthe&utm_medium=trueanthe&utm_source=twitter>, (consulté le 7 avril 2021).

²⁰ ABC News, "Texas governor bans mandated covid-19 vaccine passports", 7 avril 2021, <<https://abcnews.go.com/Health/wireStory/texas-governor-bans-mandated-covid-19-vaccine-passports-76905322>> (consulté le 8 avril 2021); CNN, "Florida governor bans covid-19 'vaccine-passports'", 3 avril 2021, <<https://edition.cnn.com/2021/04/03/us/florida-covid-vaccine-passport-ban/index.html>>, (consulté le 7 avril 2021).

²¹ Los Angeles Times, "White House rejects U.S. vaccine passports, skirting uproar", 7 avril 2021, <<https://www.latimes.com/world-nation/story/2021-04-07/white-house-rejects-us-vaccine-passports>>, (consulté le 8 avril 2021).

²² Council of the European Union, Proposal for a Regulation, 14 April 2021, 2021/0068(COD), <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7796-2021-INIT/en/pdf>>.

IV.2 Certificats de test et de rétablissement

19. La Proposition offre deux alternatives au certificat de vaccination (art. 3):

- i. Un certificat indiquant le résultat pour le titulaire et la date de réalisation d'un test TAAN ou d'un test rapide de détection d'antigènes figurant sur la liste commune et actualisée des tests rapides de détection d'antigènes pour le diagnostic de la COVID-19 établie sur la base de la recommandation 2021/C 24/01 du Conseil (ci-après le «certificat de test»);
- ii. Un certificat confirmant que le titulaire s'est rétabli d'une infection par le SARS-CoV-2 à la suite d'un résultat positif à un test TAAN ou à un test rapide de détection d'antigènes figurant sur la liste commune et actualisée des tests rapides de détection d'antigènes pour le diagnostic de la COVID-19 établie sur la base de la recommandation 2021/C 24/01 (ci-après le «certificat de rétablissement»).

IV.2.1 Certificats de test de détection négatif

20. La première alternative concerne donc un certificat de test de détection négatif. Il existe trois types de tests: (1) le test PCR, (2) le test antigénique ou encore (3) le test anticorps.

21. L'article 3 de la Proposition vise, tout d'abord, les tests TAAN. Un test TAAN est un test basé sur l'amplification des acides nucléiques, donc RT-PCR. Ce test permet de détecter des fragments ARN du virus. Chez certaines personnes, le corps met plusieurs mois à éliminer les fragments ARN du virus, de sorte que ce test peut donner lieu à des faux positifs.²³ Pour rencontrer, du moins en partie, ce problème, il est suggéré de tenir compte de la probabilité pré-test: la présence de symptômes, l'historique médical COVID-19 en ce compris l'éventuelle présence d'anticorps, le fait d'avoir été plus ou moins exposé à la maladie, ou des diagnostics alternatifs sont de nature à influencer sur la probabilité pré-test.²⁴

²³ Dans un rapport du Conseil scientifique français remis au gouvernement français le 17 novembre 2020, il est fait état de 20% de faux positifs (Note du Conseil scientifique du 17 novembre 2020, p. 2, <<https://www.datapressepremium.com/rmdiff/2009019/noteconseilscientifiqueclairagetestsrapides.pdf>>, (consulté le 8 avril 2021). Dans une étude publiée en décembre 2020 basée sur les chiffres en Grande-Bretagne, il est question de faux positifs pouvant aller jusqu'à 4% (Surkova, E., Nikolayevskyy, V. et Drobniowski, F., "False positive COVID-19 results: hidden problems and costs", *The Lancet - Respiratory Medicine*, 2020, vol. 8, issue 12, p. 1167-1168, 1er décembre 2020, p. 1167, <[https://doi.org/10.1016/S2213-2600\(20\)30453-7](https://doi.org/10.1016/S2213-2600(20)30453-7)>, (consulté le 8 avril 2021). Les différences peuvent s'expliquer par le nombre de cycles réalisés au cours du test. Un plus grand nombre de cycles conduit à une plus grande sensibilité et à un pourcentage plus élevé de faux-positifs (voy. également J. Bullard, K. Dust, D. Funk, J. E. Strong, D. Alexander, L. Garnett, C. Boodman, A. Bello, A. Hedley, Z. Schiffman, K. Doan, N. Bastien, Y. Li, P.G. Van Caesele, G. Poliquin, *Clinical Infectious Diseases*, Volume 71, Issue 10, 15 November 2020, pp. 2663–2666, <<https://doi.org/10.1093/cid/ciaa638>> (consulté le 8 avril 2021).

²⁴ Surkova, E., Nikolayevskyy, V. et Drobniowski, F., "False positive COVID-19 results: hidden problems and costs", *The Lancet - Respiratory Medicine*, 2020, vol. 8, issue 12, p. 1167-1168, 1er décembre 2020, p. 1167, <[https://doi.org/10.1016/S2213-2600\(20\)30453-7](https://doi.org/10.1016/S2213-2600(20)30453-7)>, (consulté le 8 avril 2021).

Ainsi, une faible probabilité pré-test devrait inciter à la méfiance quant aux résultats du test PCR.²⁵ Or, pour des personnes qui se font tester dans le seul but de voyager, la probabilité pré-test sera souvent faible (contrairement aux personnes qui se font tester au motif qu'elles présentent des symptômes).

22. Un test positif ne signifie donc pas nécessairement un risque de contagion, mais dans le système proposé par la Proposition de règlement, cette situation entraînera néanmoins une interdiction de franchir la frontière et de voyager à l'intérieur de l'UE. Par ailleurs, le coût d'un test PCR est d'environ 50 EUR (pour un départ en famille, le coût supplémentaire dépassera donc facilement les 150, voire les 200 EUR, en fonction de l'âge des enfants) et l'obtention des résultats nécessite un délai d'attente de minimum 24 heures (lié au traitement par un laboratoire). L'exigence d'un tel test constituera donc, pour de nombreux citoyens, un obstacle aux voyages et, partant, une nouvelle restriction à la libre circulation des citoyens.

23. Pour les tests antigéniques, une liste commune de tests antigéniques a été établie²⁶ en vue de la reconnaissance mutuelle par les États membres des résultats de ce type de test. Un test antigène bien réalisé et positif est le seul cas où il peut être affirmé de manière claire qu'une personne est contagieuse. Les tests antigéniques présentent par ailleurs l'avantage d'être moins chers et plus rapides que les tests PCR. Comme les tests PCR, les tests antigéniques ne peuvent toutefois constituer une alternative valable au certificat de vaccination et atteindre l'objectif de la Proposition d'empêcher la transmission du virus. En effet, le test présente en quelque sorte une photographie statique d'un un moment précis dans le temps. Le résultat négatif du test ne garantit donc en rien qu'une personne n'est pas en phase d'incubation et ne sera pas positive (et donc, contagieuse) deux jours plus tard. De manière générale, il peut donc être conclu qu'un test ne donne aucune indication sur la contagiosité un jour après sa réalisation, et ne donne même pas d'indication sur une possible ré-infection et donc transmission possible.

24. Par conséquent, l'exigence d'un test négatif, quel que soit le type de test (PCR ou antigénique), ne permet pas de contribuer à l'objectif principal de la Proposition, à savoir empêcher la contagion et, plus généralement, la propagation du virus

25. Certains États membres ont déjà annoncé, pour cette raison, vouloir imposer une quarantaine aux personnes ayant fait usage de cette possibilité (certificat de test de détection négatif). Il est, d'ailleurs, important de souligner que l'article 10 de la Proposition permet aux États membres d'exiger des titulaires des certificats visés à l'article 3 qu'ils se soumettent, après l'entrée sur leur territoire, à une quarantaine, un auto-confinement ou un test de dépistage, moyennant une simple notification à la Commission européenne. Le même article permet aux États membres d'interdire (!) l'entrée sur leur territoire aux ressortissants d'autres États membres même s'ils sont titulaires d'un certificat visé à l'article 3 (voir *infra*).

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Liste approuvée par le Comité de sécurité sanitaire de l'UE le 17 février 2021, disponible ici : https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/preparedness_response/docs/covid-19_rat_common-list_en.pdf >

IV.2.2 Certificat de rétablissement

26. La seconde alternative au certificat vaccinal consiste en un certificat confirmant que son titulaire s'est rétabli d'une infection au SARS-CoV-2. Ce certificat de rétablissement, visé à l'article 3, devrait attester qu'une personne testée positivement est rétablie (ce certificat est valable pendant 180 jours). Ce certificat de rétablissement nécessite donc une visite médicale et une attestation du médecin traitant ou de l'hôpital, ce qui risque d'augmenter inutilement la charge de travail des médecins et des hôpitaux. En outre, l'obtention de ce certificat implique, dès lors, un coût important pour les personnes concernées. Enfin, le certificat de rétablissement est totalement inapte à contribuer de quelque manière que ce soit aux objectifs de la Proposition. En effet, l'immunité, définie restrictivement ici comme la présence d'anticorps dans le sang, se mesure par une analyse sérologique de laboratoire ou par un test de sérologie rapide. Si le test fait apparaître la présence d'anticorps, cela indique que la personne testée est probablement protégée, au moins contre les complications graves, mais cela ne signifie pas qu'elle n'est plus réinfectable au niveau des voies respiratoires et donc potentiellement contagieuse. Le titulaire d'un certificat de rétablissement tel que défini à l'article 3 de la Proposition peut donc parfaitement être contagieux. Les études montrent des cas de réinfection même en présence d'une quantité d'anticorps considérée comme neutralisante.²⁷ Par ailleurs, la Proposition retient une définition trop restrictive de l'immunité et ne tient pas compte d'autres formes d'immunité, comme par exemple celle pouvant résulter des lymphocytes T (immunité "cellulaire").²⁸ La Proposition amendée par le Conseil de l'Union européenne précise que d'autres méthodes permettant d'attester l'immunité pourront être ajoutées via un acte délégué adopté par la Commission européenne. Cependant, le Conseil ajoute que l'émission et l'acceptation de tels certificats sera alors optionnelle (ce qui crée des difficultés supplémentaires).

27. Enfin, le certificat de rétablissement, qui doit être assimilé à un passeport d'immunité (plutôt qu'à un passeport vaccinal) risque également d'encourager certaines personnes à ne plus appliquer les gestes barrières et à tenter de s'exposer à une infection, dans l'espoir d'acquérir l'immunité et de voyager ainsi librement à l'intérieur de l'UE.

* * *

28. En conclusion, à la lumière de l'état actuel des études scientifiques, les certificats de test et les certificats de rétablissement ne constituent pas, eux non plus, des moyens efficaces et appropriés pour atteindre les objectifs de la Commission

²⁷ Andrew G. Letizia, Yongchao Ge, Sindhu Vangeti, Carl Goforth, Dawn L Weir, Natalia A. Kuzmina, Hua Wei Chen, Dan Ewing, Alessandra Soares-Schanoski, Mary-Catherine George, William D. Graham, Franca Jones, Preeti Bharaj, Rhonda A. Lizewski, Stephen A. Lizewski, Jan Marayag, Nada Marjanovic, Clare Miller, Sagie Mofsowitz, Venugopalan D. Nair, Edgar Nunez, Danielle M. Parent, Chad K. Porter, Ernesto Santa Ana, Megan Schilling, Daniel Stadlbauer, Victor Sugiharto, Michael Termini, Peifang Sun, Russell. P. Tracy, Florian Krammer, Alexander Bukreyev, Irene Ramos, Stuart C. Sealfon, "SARS-CoV-2 seropositivity and subsequent infection risk in healthy young adults: a prospective cohort study", *medRxiv*, 29 janvier 2021, <<https://doi.org/10.1101/2021.01.26.21250535>>, (consulté le 9 avril 2021).

²⁸ "How 'killer' T cells could boost COVID immunity in face of new variants", *Nature*, 12 février 2021, <https://www.nature.com/articles/d41586-021-00367-7?utm_source=Nature+Briefing&utm_campaign=4dbe30e317-briefing-dy-20210215&utm_medium=email&utm_term=0_c9dfd39373-4dbe30e317-45689842>, consulté le 9 avril 2021).

européenne. En effet, comme expliqué ci-dessus, l'exigence d'un test (PCR ou antigénique) négatif n'offre aucune garantie que la personne testée ne pourra plus être (ré-)infectée et, dès lors, contagieuse. En ce qui concerne les certificats de rétablissement, ils ne sont manifestement pas à même d'atteindre les objectifs poursuivis pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les paramètres et la durée de l'immunité post-infection restent indéterminés à l'heure actuelle. Ensuite, tester les anticorps représente un coût important. Par ailleurs, la mise en place de ce type de certificats et leur utilisation en vue de permettre la libre circulation à l'intérieur de l'UE risquent d'encourager des comportements par lesquels certaines personnes (notamment celles qui ne sont pas à risque telles que les jeunes) s'exposent volontairement à une infection à la COVID-19. Il s'agit d'un effet contraire à celui escompté. Enfin, les certificats de rétablissement ne règlent pas la question de la réinfection avec et de la protection contre les nouveaux variants du virus.²⁹ Pour l'ensemble de ces raisons, ils ne sont recommandés ni par la European Center for Disease Prevention and Control (ECDC), ni par l'OMS.

* * *

29. Il ressort de ce qui précède que ni les vaccins, ni les tests, ni les certificats de rétablissement, pour des raisons différentes, ne peuvent garantir l'absence d'infection et, partant, empêcher la transmission du SARS-CoV-2. Les mesures mises en place par la Proposition, qui constituent des restrictions à la libre circulation des personnes, ne permettent donc pas, avec une certitude raisonnable et compte tenu de l'état actuel des connaissances scientifiques, d'atteindre l'objectif avancé.

30. La Proposition semble reconnaître elle-même l'inefficacité sanitaire des certificats de vaccination, de test et de rétablissement car l'article 10 permet aux États membres de maintenir des restrictions à l'entrée sur leur territoire, voire même l'interdiction d'entrée sur leur territoire³⁰, en dépit de la présentation par les ressortissants d'un autre État membre de l'un de ces certificats³¹. Implicitement, cette disposition confirme que l'objectif de santé publique - à savoir, la limitation de la propagation du virus - n'est nullement garanti par le certificat vert numérique et que les États membres d'accueil peuvent maintenir ou ajouter d'autres mesures

²⁹ [Patricia Schlagenhauf, Dipti Patel, Alfonso J. Rodriguez-Morales, Philippe Gautret, Martin P. Grobusch et Karin Lederf](#), "Variants, vaccines and vaccination passports: Challenges and chances for travel medicine in 2021", [Travel Med Infect Dis.](#) 2021 March-April; 40: 101996, <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7899929/>>, (consulté le 9 avril 2021).

³⁰ Cette possibilité d'interdire l'entrée sur le territoire a toutefois été supprimée dans la Proposition amendée par le Conseil de l'Union européenne du 14 avril 2021 (article 10.1 et considérant 41 de la Proposition) (2021/0068(COD)).

³¹ En effet, cette disposition prévoit que "*[lorsqu'un État membre exige des titulaires de certificats visés à l'article 3 qu'ils se soumettent, après leur entrée sur son territoire, à une quarantaine, à un autoconfinement ou à un test de dépistage de l'infection par le SARS-CoV-2, ou s'il interdit l'entrée sur son territoire à ces personnes, il en informe les autres États membres et la Commission avant l'introduction prévue de ces restrictions. À cette fin, l'État membre fournit les informations suivantes: (a) les raisons de ces restrictions, y compris toutes les données épidémiologiques pertinentes étayant ces restrictions; (b) la portée de ces restrictions, en précisant quels voyageurs sont soumis à de telles restrictions ou en sont exemptés; (c) la date et la durée des restrictions. Si nécessaire, la Commission peut demander des informations complémentaires à l'État membre concerné*".

restrictives afin de s'assurer que les ressortissants d'autres États membres ne sont pas/plus contagieux et d'empêcher ainsi la propagation du virus.

V. Respect du cadre juridique et des droits fondamentaux

V.1. Le droit fondamental à la libre circulation

1. Observations liminaires

31. Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, il ressort de l'exposé des motifs de la Proposition que l'objectif des certificats figurant dans le "certificat vert numérique" est de faciliter l'exercice du droit à la libre circulation au sein de l'UE pendant la pandémie de COVID-19 en établissant un cadre commun pour la délivrance, la vérification et l'acceptation de certificats interopérables de vaccination contre la COVID-19, de réalisation d'un test de dépistage de cette maladie et de rétablissement de celle-ci³². Bien qu'il soit présenté comme un moyen de limiter les restrictions à la libre circulation imposées par les États membres isolément, le certificat vert numérique reste néanmoins une restriction au droit fondamental à la libre circulation au sein de l'Union. La seule différence consiste dans le fait qu'au lieu d'être confrontés à des restrictions isolées et disparates imposées par les différents États membres (comme cela a été le cas jusqu'à présent), les citoyens de l'Union seront désormais confrontés à une restriction organisée, de manière coordonnée, au niveau de l'UE.

32. Or, même cet objectif - de coordonner et d'uniformiser les restrictions au niveau de l'Union - semble être mis à mal par l'article 10 de la Proposition qui permet aux États membres de maintenir des restrictions à l'entrée sur leur territoire, voire même d'interdire l'entrée sur leur territoire (voir ci-dessus). En effet, au regard de l'article 10, il est à craindre que le paysage des restrictions à la libre circulation des personnes reste fragmenté et que les/certains États membres continueront d'appliquer, chacun dans leur coin, leurs propres restrictions à la circulation, des titulaires d'un certificat vert numérique.

33. Par conséquent, le fait que la Commission présente la Proposition comme ayant "*une incidence positive sur le droit fondamental à la liberté de circulation et de séjour prévue à l'article 45 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*"³³ est certainement contestable. Le certificat vert numérique est, certes, une restriction à la libre circulation coordonnée au niveau de l'Union, mais reste néanmoins une restriction.

34. Enfin, il est également important de s'interroger sur la portée du certificat vert numérique. En effet, à la lecture de la Proposition, la mise en place d'un certificat vert (ou de l'un ou plusieurs des certificats figurant dans ce certificat vert numérique) par les États membres ne semble pas être obligatoire.

35. En effet, il ressort de l'exposé des motifs de la Proposition que "*[l]a possession d'un «certificat vert numérique», en particulier un certificat de vaccination, ne devrait pas constituer une condition préalable à l'exercice de la libre circulation. Les personnes qui ne sont pas vaccinées, par exemple pour des raisons médicales, parce qu'elles ne font pas*

³² Exposé des motifs de la Proposition, point 1 (Contexte de la proposition), p. 3 et point 2 (Base juridique, subsidiarité et proportionnalité), p. 5.

³³ Exposé des motifs de la Proposition, point 3 (Résultats des évaluations ex post, des consultations des parties intéressées et des analyses d'impact), p. 6.

partie du groupe cible pour lequel le vaccin est actuellement recommandé, comme les enfants, ou parce qu'elles n'ont pas encore eu la possibilité de se faire vacciner ou ne souhaitent pas se faire vacciner, doivent pouvoir continuer à exercer leur droit fondamental à la libre circulation, si nécessaire en se soumettant à des restrictions comme un test obligatoire et/ou une quarantaine/un autoconfinement. En particulier, le présent règlement ne peut être interprété comme établissant une obligation ou un droit d'être vacciné". Nous en déduisons qu'une personne non-vaccinée pourrait quand même voyager dans un autre État membre à condition de respecter une quarantaine, par exemple.

36. Il ressort également de l'exposé des motifs que "[l]e présent règlement ne devrait pas être interprété comme facilitant ou encourageant l'adoption de restrictions de la libre circulation pendant la pandémie. Il cherche plutôt à fournir un cadre harmonisé pour la reconnaissance des certificats sanitaires COVID-19 dans le cas où un État membre applique de telles restrictions. Toute limitation de la libre circulation au sein de l'UE justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique doit être nécessaire, proportionnée et fondée sur des critères objectifs et non discriminatoires. La décision d'introduire ou non des restrictions de la libre circulation relève de la responsabilité des États membres, qui doivent se conformer au droit de l'Union. De même, les États membres conservent la liberté de ne pas introduire de restrictions de la libre circulation". Nous en déduisons que, en dépit de la mise en place au niveau européen d'un cadre harmonisé relatif au certificat vert numérique, les États membres peuvent décider de ne pas faire appel à ce cadre et, dès lors, de ne pas exiger un certificat vert numérique.

2. Les règles et les principes relatifs à la libre circulation au sein de l'Union

37. Le droit à la libre circulation des citoyens de l'Union européenne est consacré à l'article 45 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cet article prévoit en son paragraphe premier que "[t]out citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres"³⁴. Il s'agit d'une liberté **fondamentale, un des piliers de la construction européenne**, qui est également prévue à l'article 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après "TFUE"). L'article 21 du TFUE ajoute toutefois que ce droit est garanti "sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application". Le paragraphe 2 de l'article 21 mentionne, en outre, que "[s]i une action de l'Union apparaît nécessaire pour atteindre cet objectif, et sauf si les traités ont prévu des pouvoirs d'action à cet effet, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent arrêter des dispositions visant à faciliter l'exercice des droits visés au paragraphe 1 [les droits de libre circulation et de séjour]"³⁵. Les articles 45 et 49 du TFUE consacrent, eux, la libre circulation des travailleurs et,

³⁴ Ces droits ont également été conférés aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre par la Convention appliquant l'accord de Schengen. En l'espèce, une deuxième Proposition de Règlement instaurant un certificat vert numérique pour ces ressortissants a été déposée le 17 mars 2021. Voy. Proposition du 17 mars 2021, COM(2021) 140 final.

³⁵ C'est sur base de cette disposition spécifique que le Parlement européen et le Conseil ont déposé leur Proposition de Règlement relatif au certificat vert numérique. Voy. p. 4 et 5 de la Proposition de Règlement, *Exposé des motifs*.

respectivement, la liberté d'établissement des citoyens de l'Union européenne. Les articles 56 et 57 du TFUE garantissent la libre circulation des services au sein de l'Union.

La Directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres³⁶ met en œuvre la libre circulation des citoyens européens et encadre notamment les dérogations qui peuvent y être apportées. L'article 27 de cette Directive 2004/38 prévoit que *“les États membres peuvent restreindre la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, quelle que soit sa nationalité, pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Ces raisons ne peuvent être invoquées à des fins économiques”*. L'article 29 de la Directive précitée, portant exclusivement sur les dérogations liées au motif de santé publique, prévoit que *“[l]es seules maladies justifiant des mesures restrictives de la libre circulation sont les maladies potentiellement épidémiques telles que définies dans les instruments pertinents de l'Organisation mondiale de la santé ainsi que d'autres maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses pour autant qu'elles fassent, dans le pays d'accueil, l'objet de dispositions de protection à l'égard des ressortissants de l'État membre d'accueil. [...] Si des indices sérieux le justifient, un État membre peut soumettre les bénéficiaires du droit de séjour à un examen médical gratuit, dans les trois mois suivant leur arrivée, afin qu'il soit attesté qu'ils ne souffrent pas des maladies visées au paragraphe 1. Ces examens médicaux ne peuvent pas avoir un caractère systématique”*.

38. Les éventuelles limitations à la libre circulation des personnes à l'intérieur de l'Union doivent être appliquées dans le respect des principes généraux du droit de l'Union, en particulier **les principes de proportionnalité** (consacré à l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux) **et de non-discrimination** (consacré aux articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux)³⁷. La Proposition le souligne, d'ailleurs, en son 6ème considérant.

39. Le principe de non-discrimination est, d'ailleurs, considéré comme un corollaire de la liberté de circulation des travailleurs à l'article 45, § 2 du TFUE : *“la libre circulation implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail”*. Les mesures restrictives de la liberté de circulation peuvent être directement discriminatoires (si elles sont liées à la nationalité), indirectement discriminatoires (si elles ne sont pas directement liées à la nationalité mais ont pour effet de créer des discriminations entre les ressortissants de différents États membres) ou

³⁶ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) no 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *J.O.U.E.*, 29 juin 2004, L-229.

³⁷ C. BARNARD, “Free movement of natural persons and citizenship of the Union”, *European Union Law*, Oxford, 2nd edition, 2017, p. 406.

non-discriminatoires³⁸. Cette typologie va déterminer les catégories de motifs qui peuvent être valablement invoqués pour justifier une ingérence³⁹.

40. Une mesure restreignant la liberté de circulation est illégale puisqu'elle viole le droit de l'Union sauf si elle est justifiée par un objectif légitime et si la mesure est proportionnée à cet objectif⁴⁰. Il est toutefois de jurisprudence constante que les exceptions à un principe général du droit de l'Union sont d'interprétation stricte⁴¹. L'objectif de protection de la santé publique est indéniablement légitime puisqu'il est expressément consacré aux articles 27 et 29 de la Directive 2004/38 précitée. L'examen de la proportionnalité de la mesure restrictive est un examen qui doit être réalisé *in concreto*, eu égard aux circonstances concrètes du cas d'espèce. L'examen de proportionnalité porte à la fois sur le caractère approprié et nécessaire de la mesure par rapport à l'objectif poursuivi.

41. Une mesure restrictive de liberté est **appropriée** lorsqu'elle permet de "*garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit*"⁴². La Cour de justice précise, en outre, que la mesure ne peut être qualifiée d'appropriée que "*si elle répond véritablement au souci de l'atteindre d'une manière cohérente et systématique*"⁴³.

42. Une mesure restrictive de liberté est **nécessaire et proportionnée** (au sens strict du terme) lorsqu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. "*Une restriction à la circulation [...] qui, à défaut de nuances, s'applique de façon trop générale excède ce qui est nécessaire et est, partant disproportionnée*"⁴⁴.

43. La proportionnalité d'une mesure peut ainsi être examinée au regard de l'existence d'alternatives moins attentatoires permettant de remplir l'objectif poursuivi. La Cour de Justice a ainsi jugé que "*le fait d'exiger [...] d'un candidat à un concours de recrutement qu'il rapporte la preuve de ses connaissances linguistiques en présentant un unique type de certificat, qui n'est délivré que par un seul organisme belge chargé, à cet effet, d'organiser des examens de langue sur le territoire belge, apparaît, au regard des impératifs de la libre circulation des travailleurs, disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi*"⁴⁵. En effet, la mesure en question ne permettait pas au candidat de fournir la preuve, par un autre moyen, de la connaissance linguistique requise.

³⁸ N. N. SHUIBHNE, "Exceptions to the free movement rules", *European Union Law*, Oxford, 2nd edition, 2017, p. 482-483.

³⁹ N. N. SHUIBHNE, "Exceptions to the free movement rules", *European Union Law*, Oxford, 2nd edition, 2017, p. 485-487.

⁴⁰ N. N. SHUIBHNE, "Exceptions to the free movement rules", *European Union Law*, Oxford, 2nd edition, 2017, p. 477.

⁴¹ L. DRIGUEZ, M. MORSA et S. RODRIGUES, "Chronique de jurisprudence de l'Union : libre circulation des personnes - Politique et sécurité sociales (2015-2017)", *Cahiers droit européen*, 2018/2, 21 décembre 2018, p. 533.

⁴² CJUE, 11 mars 2010, *Attanasio Group*, C-384/08, pt. 51.

⁴³ CJUE, 11 mars 2010, *Attanasio Group*, C-384/08, pt. 51.

⁴⁴ P. GILLIAUX, "Les entraves à la libre circulation des personnes", *C.D.E.*, 2008/3, p. 456.

⁴⁵ CJUE, 5 février 2015, *Commission/Belgique*, C-317/14.

3. Application de ces règles et principes au certificat vert numérique

44. En l'espèce, **le certificat vert numérique est une restriction à la liberté de circulation des citoyens européens**. La Cour de Justice a, en effet, jugé que “[d]es dispositions qui empêchent ou dissuadent un ressortissant d'un État membre de quitter son État d'origine pour exercer son droit à la libre circulation constituent, dès lors, des entraves à cette liberté, même si elles s'appliquent indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés”⁴⁶. Il est évident qu'une mesure telle que le certificat vert numérique a pour objet et pour effet de dissuader un citoyen européen d'exercer son droit à la libre circulation car, pour ce faire, il doit démontrer, au préalable, qu'il dispose d'un certificat attestant qu'il a été vacciné ou testé négativement ou qu'il s'est rétabli de la maladie. Or, la présentation d'un tel certificat implique des démarches préalables plus ou moins contraignantes (vaccination, visite chez le médecin, dépistage etc.) et, dans la plupart du temps, des coûts. Cela ressort d'ailleurs des termes de l'article 1er de la Proposition qui se donne pour objectif de faciliter l'exercice du droit à la libre circulation, mais uniquement pour les titulaires des certificats en question. Même pour ces derniers, nous percevons mal comment le certificat vert numérique pourrait faciliter la liberté de circulation puisque l'article 10 de la Proposition permet aux États membres de maintenir ou d'imposer des restrictions supplémentaires (quarantaine, test PCR, etc.) pour entrer sur leurs territoires, voire même d'interdire l'entrée sur leurs territoires aux titulaires d'un des certificats visés à l'article 3 de la Proposition (voir ci-dessus, n° 30).

45. Ainsi qu'il a été démontré ci-dessus, une restriction au droit fondamental à la libre circulation au sein de l'Union peut néanmoins être autorisée pour autant que plusieurs conditions soient satisfaites.

46. Premièrement, il faut que la restriction soit justifiée par un objectif légitime d'intérêt public tel que la santé publique. L'Organisation mondiale de la Santé a qualifié la COVID-19 de maladie épidémique. La mise en place d'un certificat vert numérique répondrait, dès lors, à un objectif de santé publique. Cet objectif est, d'ailleurs, prévu à l'article 29 de la Directive 2004/38.

47. Deuxièmement, il est requis que les ingérences apportées au droit à la libre circulation soient proportionnées et non-discriminatoires. Dans une affaire *Emir Gül*, la Cour de justice a jugé que “la faculté des États membres de limiter la libre circulation des personnes pour des motifs de santé publique [...] [a pour objet de] pouvoir refuser l'accès ou le séjour sur leur territoire à des personnes dont l'accès ou le séjour sur ce territoire constituerait, en tant que tel, un danger pour la santé publique”⁴⁷. Dans son arrêt rendu sur question préjudicielle, la Cour définit en détail les contours du motif de santé publique. La Cour de Justice ne s'est, en revanche, pas prononcée, dans cet arrêt (et, à notre connaissance, ni dans aucun autre arrêt) sur la proportionnalité d'une mesure restrictive de la liberté de circulation des personnes au regard de l'objectif de protection de la santé publique.

⁴⁶ CJUE, 26 octobre 2006, *Commission/République portugaise*, C-345/05, pt. 16. Voy. aussi CJUE, 13 novembre 2003, *Schilling et Fleck-Schilling*, C-209/01, pt. 25 et CJUE, 15 septembre 2005, *Commission/Danemark*, C-464/02, pt. 35.

⁴⁷ CJUE, 7 mai 1986, *Emir Gül*, 131.85, pt. 17.

48. A cet égard, la Commission européenne a rappelé dans sa communication du 16 mars 2020 que: “[l]es États membres ne doivent imposer de restrictions touchant le transport de marchandises et de voyageurs pour des raisons de santé publique que si ces restrictions sont : a. transparentes, c’est-à-dire prévues dans des déclarations/documents publics ; b. dûment motivées, c’est-à-dire que les raisons justifiant ces mesures et leur lien avec la Covid-19 doivent être détaillés. Les justifications doivent être fondées des données scientifiques et étayées par des recommandations de l’Organisation mondiale de la santé (OMS) et du Centre européen de prévention et de contrôle des maladies (ECDC) ; c. proportionnées, c’est-à-dire qu’elle ne doivent pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire ; d. pertinentes et spécifiques aux différents modes de transport, c’est-à-dire que les restrictions applicables à un mode de transport donné doivent être adaptées à ce mode de transport, et e. non discriminatoires”⁴⁸. Le Conseil de l’Union européenne a également souligné ceci dans sa recommandation 2020/1475 : “[l]orsque des États membres adoptent et appliquent des restrictions à la libre circulation, ils sont tenus de respecter les principes du droit de l’UE, en particulier ceux de proportionnalité et de non-discrimination. La présente recommandation vise à faciliter l’application coordonnée de ces principes à la situation exceptionnelle causée par la pandémie de COVID-19. Par conséquent, les mécanismes mis en place par la présente recommandation devraient être strictement limités, quant à leur champ d’application et à leur durée, aux restrictions adoptées en réaction à cette pandémie”⁴⁹.

a) Discriminations indirectes engendrées par le certificat vert numérique

49. La mise en place d’un certificat vert numérique tel qu’il est conçu actuellement dans la Proposition peut entraîner plusieurs types de discriminations.

50. A titre d’illustration, la Proposition engendre une discrimination entre les personnes vaccinées gratuitement, d’une part, et les personnes non vaccinées qui devront payer un test pour pouvoir voyager⁵⁰ et celles qui doivent payer une consultation chez le médecin pour obtenir l’attestation qu’elles se sont rétablies à la suite d’une infection au SARS-CoV-2, d’autre part. Cette différence de traitement n’est pas justifiée et ne peut être légitimement justifiée.

51. Une autre discrimination concerne les certificats de test car une discrimination est créée entre les personnes qui se font tester positivement alors qu’elles ne sont pas/plus contagieuses et les personnes qui sont testées négativement et qui pourront franchir les frontières intérieures de l’Union. Des personnes, qui se trouvent dans des situations similaires, sont alors traitées différemment, ce qui n’est pas justifié.

52. Toujours en ce qui concerne les certificats de test, des discriminations peuvent être constatées concernant le type de test utilisé/autorisé. En effet, la Proposition engendre une

⁴⁸ Communication de la Commission du 16 mars 2020, COVID-19 Lignes directrices relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé publique et à garantir la disponibilité des biens et des services essentiels, COM(2020), 1753 final, point 4.

⁴⁹ Recommandation (UE) 2020/1475 du Conseil du 13 octobre 2020 relative à une approche coordonnée de la restriction de la libre circulation en réaction à la pandémie de COVID-19, J.O.U.E., 14 octobre 2020, L 337.

⁵⁰ Cette discrimination est d’autant plus importante en fonction, par exemple du nombre des membres de la famille concernée.

discrimination entre les citoyens d'États membres différents puisque, en fonction des types de tests approuvés et mis à disposition dans chaque État membre, certains citoyens se verront obligés de se faire tester *via* un test PCR alors que d'autres citoyens auront la possibilité de subir un test antigène, moins coûteux et, en principe, plus rapide que le test PCR. Cette différence de traitement n'est pas justifiée et ne peut être légitimement justifiée.

53. Enfin, le Conseil de l'Union européenne propose d'amender le texte de la Proposition de manière à permettre la reconnaissance par les États membres d'autres vaccins que ceux qui ont obtenu une autorisation de mise sur le marché au niveau européen en vertu du Règlement 726/2004. Le Conseil indique, en effet, dans un considérant 25 a) que les États membres sont encouragés à accepter les certificats vaccinaux reçus suite à l'administration d'un vaccin ajouté à la liste des outils d'urgence de l'OMS. Dans un considérant 25 b), le Conseil ajoute que les États membres ont également la possibilité d'accepter les certificats vaccinaux obtenus suite à l'administration d'un vaccin qui a obtenu une autorisation de mise sur le marché national conformément à la Directive 2001/83/EC, suite à l'administration d'un vaccin qui a obtenu une autorisation temporaire de mise sur le marché national sur base de l'article 5(2) de la Directive 2001/83/EC, ou suite à l'administration d'un vaccin inclus dans la liste des outils d'urgence de l'OMS. L'article 10 tel qu'amendé par le Conseil prévoit, dès lors, que les États membres informeront les autres États Membres et la Commission de l'émission et l'acceptation des certificats et les conditions de leur admission ainsi que les catégories de vaccins acceptés.

54. A notre avis, cet amendement est susceptible d'engendrer d'autres discriminations entre les citoyens de l'Union européenne. En effet, certains citoyens européens auront plus de chance de se voir décerner un certificat de vaccination compte tenu de l'élargissement de la liste des vaccins acceptés dans son État membre tandis que d'autres citoyens seront limités aux vaccins ayant obtenu une mise sur le marché de l'Union européenne.

55. La Proposition viole, dès lors, les principes fondamentaux d'égalité et de non discrimination, consacrés aux articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

b) Caractère disproportionné du certificat vert numérique

56. Premièrement, l'émission du certificat vert numérique n'est pas une mesure proportionnée au vu de l'objectif poursuivi par l'Union européenne. Comme expliqué ci-dessus, à ce stade, il est impossible d'affirmer avec une certitude raisonnable que le recours au certificat de vaccination dans le cadre de l'émission d'un certificat vert numérique permettra d'atteindre l'objectif visé par cette restriction à la libre circulation, à savoir empêcher la transmission du virus. Il en va de même du certificat de rétablissement ou du certificat de test de détection négatif (pour les raisons expliquées *supra* n° 9 - 30).

57. Deuxièmement, l'émission d'un certificat vert numérique n'est pas une mesure proportionnée dès lors qu'elle sera imposée systématiquement à tous les citoyens d'un État membre désirant entrer dans un autre État membre de l'Union. Cette mesure est manifestement contraire à l'esprit de l'article 29 de la Directive 2004/38 qui prévoit l'interdiction du caractère systématique des examens médicaux imposés par un État membre aux titulaires d'un droit de séjour. En principe, cette interdiction s'applique aux

examens médicaux réalisés dans et par l'État membre d'accueil, mais la même conclusion devrait s'appliquer en ce qui concerne les examens médicaux réalisés dans l'État membre d'origine mais imposés par l'État membre d'accueil. Il faut également souligner que si l'article 29 permet, dans des cas exceptionnels, que l'État membre d'accueil puisse soumettre les ressortissants d'un autre État membre à des examens médicaux pour leur permettre d'entrer et séjourner sur son territoire, il doit s'agir d'examens médicaux gratuits. Or, comme il a été souligné ci-dessus, une grande partie des mesures envisagées (tests, visites chez le médecin, vaccination dans certains États membres etc.) implique des coûts pour la personne qui souhaite exercer son droit fondamental à la libre circulation au sein de l'Union. Le caractère systématique va, par ailleurs, au-delà de ce qui est nécessaire dans la mesure où aucune distinction n'est faite entre les pays selon la situation sanitaire. Le certificat vert numérique pourrait donc également être exigé pour circuler entre deux États membres dans lesquels la situation sanitaire est tout à fait sous contrôle ou lorsque la situation sanitaire est sous contrôle dans l'État membre d'origine du voyageur.

58. L'émission d'un certificat vert numérique est, en outre, disproportionnée car il ne s'agit pas de la voie la moins attentatoire au droit à la libre circulation pour remplir l'objectif poursuivi. Si l'objectif de l'Union européenne de faciliter la réouverture des frontières internes de l'Union est louable, il pourrait être garanti autrement, notamment en s'assurant que les États Membres se conforment aux dispositions du Code frontière Schengen⁵¹ (notamment son article 28)⁵².

59. Troisièmement, l'émission d'un certificat vert numérique n'est pas une mesure proportionnée car elle n'est pas suffisamment limitée dans le temps. L'article 15 de la Proposition indique que l'application des articles 3, 4, 5, 6 et 10 du Règlement sera suspendue par un acte délégué de la Commission "*une fois que le directeur général de l'Organisation mondiale de la santé a déclaré, conformément au règlement sanitaire international, que l'urgence de santé publique de portée internationale causée par le SARS-CoV-2 a pris fin*". Il n'y a dès lors pas de date de fin, seulement une date de suspension de l'application des mesures restrictives. Le Conseil de l'Union européenne a d'ailleurs proposé de limiter à 12 mois la durée d'application du Règlement à partir de son entrée en vigueur⁵³.

⁵¹ Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), *J.O.U.E.*, 23 mars 2016, L 77.

⁵² Cet article prévoit que lorsqu'une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure d'un État membre exige une action immédiate, l'État membre concerné peut, exceptionnellement, immédiatement réintroduire le contrôle aux frontières intérieures, pour une période limitée n'excédant pas dix jours qui peut exceptionnellement être prolongée pour des périodes renouvelables n'excédant pas vingt jours.

⁵³ Council of the European Union, Proposal for a Regulation, 14 April 2021, 2021/0068(COD), Article 15, §2 : "*The Regulation shall apply for 12 months from the date of its entry into force. At the latest 3 months before the end of the application of this Regulation, the Commission shall present a report to the European Parliament and the Council on the application of this Regulation. The report shall contain, in particular, an assessment of the impact of this Regulation on the facilitation of free movement, including the acceptance of the different types of vaccines, as well as on the protection of personal data during the COVID-19 pandemic. This report may be accompanied with legislative proposals, in particular to extend the date of application of this Regulation, taking into account the evolution of the epidemiological situation on the pandemic*".

60. En outre, la mesure n'est pas proportionnée car son champ d'application matériel est trop largement défini. L'article 15 prévoit que "[l]a Commission est habilitée à adopter un acte délégué en vertu de l'article 11 précisant la date à partir de laquelle les articles 3, 4, 5, 6, 7 et 10 doivent s'appliquer de nouveau si, après la suspension [...], le directeur général de l'Organisation mondiale de la santé déclare une urgence de santé publique de portée internationale en rapport avec le SARS-CoV-2, une variante de celui-ci ou des maladies similaires potentiellement épidémiques". L'extension potentielle de l'application de cette Proposition à d'autres maladies similaires au SARS-CoV-2 est disproportionnée car elle dépasse largement l'objectif poursuivi par la Proposition à savoir la facilitation de l'exercice du droit à la libre circulation des titulaires de certificats verts numériques pendant la pandémie de COVID-19 (article 1er de la Proposition). Le Conseil de l'Union européenne a, d'ailleurs, dans sa proposition, supprimé ces termes pour restreindre le champ d'application du Règlement à la pandémie de COVID-19.

61. La Proposition constitue, dès lors, une ingérence non proportionnée à la liberté de circulation des citoyens européens, droit fondamental consacré à l'article 45 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article 21 du TFUE.

V.2. Protection des données à caractère personnel

62. La Proposition soulève également plusieurs questions importantes en matière de protection des données à caractère personnel. Pour rappel, le droit à la protection des données à caractère personnel est directement consacré aux articles 16 du TFUE et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce droit a notamment été mis en œuvre par le Règlement général sur la protection des données (ci-après le "RGPD").⁵⁴ Dans la mesure où la Proposition viole le RGPD, elle porte également atteinte au droit fondamental à la protection des données à caractère personnel.

63. La Proposition prévoit que les certificats comportent les données personnelles suivantes : (1) identification de la personne concernée (pour chacun des trois certificats visés), (2) informations sur le médicament vaccinal administré (dans le cas d'un certificat vaccinal), (3) informations sur le test de dépistage effectué (dans le cas d'un certificat de test), (4) informations sur les antécédents d'infection sur le SARS-CoV2 (dans le cas d'un certificat de rétablissement) et (5) métadonnées du certificat, telles que l'émetteur du certificat ou un numéro d'identification unique du certificat (pour chacun des trois certificats). Il est donc indiscutable que la Proposition implique le traitement de données dites sensibles (données relatives à la santé). Le traitement de telles données est en principe interdit par le RGPD, sauf exceptions, lesquelles doivent être interprétées de manière stricte.

64. La Commission invoque, comme fondement légal pour le traitement des données, les articles 9, § 2, g) (traitement de données concernant la santé nécessaire pour des motifs

⁵⁴ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *J.O.U.E.*, 4 mai 2016, L-119/1.

d'intérêt public important), et 6, § 1, c) (traitement nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis) du RGPD.⁵⁵

65. L'article 9, § 2, g) du RGPD permet, exceptionnellement, le traitement de données concernant la santé lorsque *"le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public important, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un État membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée"*.

66. Il ressort de ce texte que le traitement doit, tout d'abord, être nécessaire en vue de la réalisation de l'objectif du traitement. En l'espèce, rien ne permet d'affirmer avec une certitude raisonnable que le traitement permettra d'atteindre les objectifs (libre circulation des personnes et santé publique) de la Proposition. En effet il apparaît que de nombreuses incertitudes scientifiques subsistent quant à l'efficacité des certificats de vaccination, des certificats de test ou encore des certificats de rétablissement et qu'il n'est en tout cas pas prouvé, dans l'état actuel de la science, que de tels certificats permettraient d'empêcher la circulation et la transmission du virus. Ce point, qui a été développé plus haut (voy. ci-dessus n° 9 - 30), a été expressément rappelé dans une opinion commune émise par le *Comité européen de la protection des données* et le *Contrôleur européen de la protection des données* rendue le 31 mars 2021 à propos de la Proposition (ci-après "Opinion commune").⁵⁶ D'autre part, l'inefficacité des certificats précités ressort également de l'article 10 de la Proposition qui autorise les États membres à conserver ou à imposer d'autres restrictions (quarantaine, test PCR, etc.) à l'entrée sur leurs territoires, voire même d'interdire l'entrée sur leurs territoires, aux titulaires d'un des certificats précités (voy. ci-dessus n° 30).

67. Par ailleurs, comme le souligne l'Opinion commune (§ 29), l'objectif du traitement n'est pas suffisamment précis et délimité dès lors que l'article 15 permet également à la Commission, agissant sur délégation, de déclarer, dans le futur, certaines dispositions de la Proposition applicables à d'autres *"maladies similaires"*, ce qui soulève d'ailleurs aussi un problème en termes de proportionnalité.

68. Il découle de ce qui précède que les certificats et le traitement des données de santé qu'ils impliquent ne permettent pas d'atteindre l'objectif de santé (libre circulation de personnes en empêchant les contaminations dans l'État d'accueil) ce qui explique la possibilité laissée à l'État d'accueil de maintenir ou d'introduire d'autres restrictions pour les titulaires d'un certificat. La mise en place des certificats et le traitement des données de santé qu'ils impliquent ne permettent donc pas non plus de contribuer à la réalisation effective du droit à la libre circulation des personnes (voy. ci-dessus n° 44 - 60). L'article 10, qui permet à l'État d'accueil d'imposer d'autres restrictions au titulaire d'un certificat (et

⁵⁵ Considérant 37.

⁵⁶ *"EDPB-EDPS Joint Opinion 04/2021 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (Digital Green Certificate)"*, version 1.1, 31 mars 2021, <https://edps.europa.eu/system/files/2021-04/21-03-31_edpb_edps_joint_opinion_digital_green_certificate_en_0.pdf>.

partant qui dispense l'État d'accueil d'accepter inconditionnellement le certificat) est source de nouvelles discriminations.⁵⁷

69. L'obtention d'un certificat deviendra l'une des conditions (sans préjudice des autres conditions imposées par l'État membre d'accueil) pour pouvoir librement circuler au sein de l'Union européenne. A ce titre, cette mesure s'appliquera indistinctement et massivement à tous les citoyens, quel que soit l'État membre d'origine ou la région d'origine, et, dès lors, quelle que soit la situation sanitaire dans cet État/région. Imposer ainsi, indistinctement, un certificat impliquant le traitement de données de santé à des voyageurs qui viennent de pays dans lesquels la situation sanitaire est sous contrôle et à des voyageurs qui viennent de pays dans lesquels le nombre de cas est très élevé viole non seulement le principe de non-discrimination, mais aussi le principe de proportionnalité (voy. ci-dessus n° 57). Seules des mesures plus ciblées, prenant en compte la situation des voyageurs et la situation sanitaire respective dans l'État membre d'accueil et dans l'État membre d'origine permettraient une approche proportionnée nécessaire pour le traitement des données personnelles et éviteraient la récolte systématique et massive des données médicales des voyageurs européens.

70. Comme le souligne également l'Opinion commune, la proportionnalité n'est pas respectée non plus en raison de l'extension future possible des certificats à d'autres maladies similaires (art. 15) et de l'absence de limitation de la durée du traitement (voir *supra*). De plus, la Proposition ne prévoit pas de délai maximal de conservation des données ni de garanties spécifiques à cet égard (voy. points 53 et 54 de l'Opinion commune).

71. La Proposition viole également l'article 9 du RGPD en ce qu'elle ne prévoit aucune mesure appropriée et spécifique pour la sauvegarde des droits fondamentaux. La Proposition ne comporte ainsi aucune indication, ni aucune liste en annexe, des autorités nationales à qui les données relatives à la santé des voyageurs pourront être transmises et qui auront accès à ces données. Ce grief a été considéré comme essentiel dans l'Opinion commune (§ 49). La Proposition ne prévoit, par ailleurs, aucune garantie quant au risque de l'utilisation des données de santé issues des certificats par les États membres dans le cadre des restrictions nationales que l'État membre d'accueil pourrait encore imposer en vertu de l'article 10 aux titulaires du certificat. On peut ainsi craindre que ces données soient utilisées dans le cadre d'une quarantaine imposée par l'État d'accueil ou que des services de police de l'État d'accueil aient accès à ces données lors d'un simple contrôle routier du voyageur. Un tel usage pourrait donner lieu à des traitements discriminatoires par l'État d'accueil.

72. La Proposition ne respecte pas le cadre strict fixé par l'article 9 du RGPD pour le traitement des données de santé en n'identifiant pas, par une liste détaillée, les autorités nationales qui auront accès aux données de santé, ni les finalités permettant à ces autorités d'accéder à ces données et en ne mettant pas en place de garanties pour empêcher l'usage ultérieur de ces données ou l'usage dans le cadre des restrictions imposées par l'État d'accueil dans le cadre de l'article 10 de la Proposition.

⁵⁷ Voy. également le § 19 de l'Opinion commune.

Auteurs :

Erik VAN DEN HAUTE (ULB, droit)

Raluca GHERGHINARU (avocate)

Alice ASSELBERGHS (avocate)

Avec la participation de :

Mélanie DECHAMPS (UCLouvain, Clinique Universitaire St Luc, Intensiviste)

Denis FLANDRE (UCLouvain, nano- et bio-électronique)

Pierre-François LATERRE (UCLouvain, Clinique Universitaire St Luc, Intensiviste)

Elisabeth PAUL (ULB, santé publique)

Bernard RENTIER (ULiège, virologue)

**Le texte intégral de cette analyse est également disponible sur www.covidrational.be
Covid Rationnel est un think tank belge qui préconise une approche scientifique
interdisciplinaire et rationnelle de la gestion de la crise covid-19.**