

Athanase Popov, présentation de la proposition de règlement 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)

La pandémie de Covid-19 est devenue le sujet d'actualité incontournable de la plupart des discussions politiques et juridiques. Si les sociétés occidentales ont connu d'autres pandémies d'ampleur comparable, voire pires, c'est la première fois qu'elles entendent remédier à une pandémie par des états d'exceptions et des restrictions des libertés fondamentales plutôt que par des solutions purement médicales ou pharmaceutiques. Dans le jargon médical, les interventions non pharmaceutiques prennent ainsi le pas sur les interventions pharmaceutiques, lesquelles se concentrent essentiellement sur une campagne vaccinale.

La dernière manifestation des interventions non pharmaceutiques ancrées dans la durée, c'est l'introduction d'un certificat vert numérique, coordonné au niveau de l'Union, prétendument sur la base de la citoyenneté européenne. La proposition de règlement 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) pose des problèmes de : base juridique (1) ; de bien-fondé scientifique (2) ; de proportionnalité (3) ; fait naître de nouvelles discriminations (4) et révèle également des dysfonctionnements de la démocratie participative (5).

1. Un problème de base juridique

Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application. La directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil établit les modalités d'exercice de ce droit. La proposition de règlement a pour base juridique l'article 21, paragraphe 2, TFUE, qui invoque la nécessité d'une action pour atteindre l'objectif de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. La directive 2004/38/CE avait déjà permis par le passé d'introduire des restrictions administratives à l'exercice de la liberté de circulation et de séjour introduite par le traité de Maastricht au lieu de les supprimer (carte de séjour pour les ressortissants de l'UE ; conditions de ressources). Désormais, l'Union entend de nouveau utiliser la même base juridique pour non pas étendre le droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, pourtant la disposition pertinente du TFUE invoque une action nécessaire pour atteindre l'objectif de « circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ». En réalité, la proposition de règlement vise à énoncer les limitations de cet objectif, ainsi que l'y autorise l'article 21, paragraphe 1, in fine. Néanmoins on peut penser que l'ordre public sanitaire est sans véritable lien avec le droit de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres et que la proposition de règlement détourne ainsi les dispositions sur la citoyenneté européenne de leur véritable finalité. L'Union manquant de compétences en matière d'ordre public sanitaire, il aurait été loisible aux États membres d'appliquer leurs règles nationales, ainsi qu'ils le font d'ailleurs. La coordination au niveau de l'Union se fait au prix de la dénaturation de véritable finalité de la citoyenneté européenne, consistant à raisonner en

termes de gouvernance fédérale et non pas en termes de coordination des politiques nationales.

2. Un problème de bien-fondé scientifique

Les études médicales sont unanimes quant au fait que la distanciation sociale et la limitation des contacts et déplacements ne permettent pas de lutter efficacement contre la Covid-19. Au lieu de coopérer en matière de traitements, l'Union fait le choix des interventions non pharmaceutiques, en les pérennisant. De plus elle s'appuie exclusivement sur l'expertise externe de l'OMS, sans créer d'autorité européenne habilitée à recommander des mesures médicales (l'Agence des médicaments ne joue pas un tel rôle). Plus surprenant encore, le certificat vert européen ne vise que la Covid-19 ou d'autres virus similaires par la suite, mais fait l'impasse sur les maladies d'origine virale plus graves telles que la tuberculose ou la fièvre d'Ebola.

3. Un problème de proportionnalité

L'examen de la proportionnalité de la mesure devrait conduire à s'interroger sur la possibilité de parvenir à la même fin par des moyens moins attentatoires aux libertés fondamentales. Ainsi, limiter les infections des personnes qui ne sont pas à risque n'était peut-être pas indispensable. Le maintien de l'ordre public sanitaire aurait pu se contenter de la protection des personnes à risque et intégrer également une composante volontaire, car il s'agit de la santé des citoyens. Il ne faudrait pas que l'ensemble des personnes bien portantes soient traitées comme des « malades qui s'ignorent » (Jules Romains).

4. De nouvelles formes de discriminations

Aux termes de la proposition, pour bénéficier de la plénitude du droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, il faut être ou bien vacciné, ou bien testé régulièrement, ou bien être rétabli depuis peu après avoir été malade. Cependant une partie des citoyens ne se retrouveront dans aucun de ces cas de figure, étant donné que la vaccination n'est pas obligatoire, que les tests ne sont pas toujours gratuits et sans danger et tout le monde ne tombe pas forcément malade. Est-ce donc un problème si on est bien portant ? Est-il normal que les personnes bien portantes soient soumises à davantage de restrictions que les personnes malades et rétablies par exemple ?

Une autre forme de discrimination découle du carnet vaccinal lui-même, ainsi que le relève déjà une partie de la doctrine (Kochenov) : pourquoi ne prendre en compte que les vaccins faisant l'objet d'une autorisation de sur le marché provisoire délivrée par l'Agence européenne des médicaments, à l'exclusion des autres vaccins approuvés par l'OMS, alors que la proposition s'appuie par ailleurs sur l'expertise de l'OMS ?

Le dernier type de discriminations est lié au régime applicable aux ressortissants de certains pays tiers tels que la Suisse (et le Royaume-Uni ?) : le certificat vert numérique pourrait ne pas leur être applicable, alors qu'ils bénéficient de la liberté de circulation et de séjour dans une certaine mesure. Ainsi, un résident suisse pourrait être soumis à moins de restrictions en vertu du droit de l'Union qu'un résident français (même si les règles nationales pourraient bien entendu réserver le même traitement à tous les types d'étrangers).

5. Des dysfonctionnements de la démocratie participative

L'acceptation sociale d'une mesure attentatoire aux libertés fondamentale dépend de l'association des citoyens à la prise de décision. Or, la décision d'introduire un certificat vert numérique a été prise par les « élites », tandis que la population était partiellement confinée et éloignée de la prise de décision. Pourtant, il s'agit ici de santé publique, donc aussi de la santé de chacun, laquelle suppose aussi des choix individuels.

Ainsi, au lieu de rendre plus effective la citoyenneté européenne, le nouvel instrument législatif risque en réalité de devenir un obstacle non justifié et non proportionné à l'exercice des libertés fondamentales.

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