

## Demande d'avis

sur la base de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 16 juin 2017 sur l'organisation du Conseil d'État

### Avis du Conseil d'État

(27 septembre 2022)

Par dépêche du 23 août 2022, le Premier ministre, ministre d'État, a saisi le Conseil d'État d'une demande d'avis en application de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 16 juin 2017 sur l'organisation du Conseil d'État.

D'après la dépêche, la demande d'avis a pour objet une série de « questions de principe » en relation avec la mise en œuvre d'une éventuelle obligation vaccinale que le Gouvernement envisage de proposer d'introduire pour certaines catégories de personnes.

Toujours selon la dépêche, les réflexions du Gouvernement quant à la possibilité d'introduire une obligation vaccinale ont été entamées suite à l'avis complémentaire du 4 juillet 2022 du groupe *ad hoc* d'experts relatif à l'instauration d'une obligation vaccinale contre le coronavirus. Cet avis complémentaire a été joint à la demande d'avis.

\*\*\*

La demande d'avis du Gouvernement est formulée sur base de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 16 juin 2017 sur l'organisation du Conseil d'État. Cet article dispose que « [l]e Gouvernement, avant de soumettre au Conseil d'État un projet de loi ou de règlement, peut demander son avis sur le principe ».

Le Conseil d'État prend note du fait que le catalogue de questions lui soumis comprend pas moins de quarante-deux questions, dont la plupart s'articulent principalement autour de la proportionnalité de diverses mesures répressives, envisagées en cas de non-respect de l'obligation de vaccination, sans que soit soulevée la question quant au principe, de proportionnalité notamment, de cette obligation même.

En l'absence de cette question de principe de base, un nombre limité de questions soumises pourraient être qualifiées « de principe » au sens de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, précité, alors que d'autres sont d'une telle spécificité juridique que leur examen aurait normalement sa place dans le cadre d'un projet de loi. D'autres questions encore visent à obtenir des réponses du Conseil d'État qu'il ne saura possiblement donner, au risque sinon d'empiéter sur les compétences du législateur. Enfin, bon nombre des questions soulevées ont déjà pu être abordées et ont trouvé une réponse pertinente dans des avis du Conseil d'État relatifs, notamment, à la législation Covid-19.

Le Conseil d'État comprend que l'instauration d'une obligation vaccinale soulève de nombreuses questions sensibles, en raison notamment de la complexité du sujet et des intérêts et droits en jeu. Dans ce contexte, il tient à insister sur le fait que toute mesure, y incluse celle de l'obligation vaccinale en tant que telle, doit poursuivre un but légitime, être adéquate, nécessaire et proportionnée. L'examen de la proportionnalité d'une mesure visant à sanctionner le non-respect d'une première mesure doit nécessairement tenir compte de cette première mesure et de sa propre proportionnalité. Tout particulièrement, le Gouvernement reste muet au regard des buts concrets à poursuivre par chacune des mesures envisagées, ce qui rend, par endroit, l'examen des questions soumises très difficile.

À la lumière de ce qui précède, le Conseil d'État tâchera de donner, dans la limite de ses compétences et notamment dans le cadre dressé par l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi précitée du 16 juin 2017, sur base duquel le présent avis est demandé, des réponses aux questions soulevées par le Gouvernement.

À ces questions, le Conseil d'État est dès lors amené à répondre, quant à leur principe, comme suit.

*1) Dans l'hypothèse de l'introduction d'une obligation de vaccination ayant un caractère obligatoire mais non forcée pour les personnes résidentes sur le territoire national et qui ont atteint l'âge de cinquante ans révolus, est-ce que cette obligation légale peut être pourvue d'une sanction en cas de non-respect de cette obligation ?*

Pour assurer le respect d'une obligation légale, il est possible, voire nécessaire, de sanctionner le non-respect de cette obligation légale. Les modalités et conditions d'une telle sanction devront respecter l'article 14 de la Constitution ainsi que les traités internationaux auxquels le Luxembourg est partie.

Toutefois, le Conseil d'État s'interroge si l'instauration de seules sanctions est adéquate pour permettre aux auteurs d'atteindre le but recherché, à la lumière notamment des questions soulevées à l'endroit de la réponse à la question n° 8. Si le but de l'obligation vaccinale est la vaccination et non pas la sanction des personnes concernées, le Conseil d'État se demande si, au-delà de l'instauration d'une sanction pour violation de l'obligation de se faire vacciner, un système d'astreinte ne pourrait pas être plus adéquat pour permettre aux auteurs d'atteindre le but poursuivi.

*2) Dans l'affirmative, est-ce que cette sanction devrait être de nature pénale ou administrative ?*

En ce qui concerne la question de savoir si une sanction devrait être de nature pénale ou de nature administrative, il appartiendra au législateur d'en apprécier l'opportunité. Il convient de rappeler dans ce contexte que la Cour constitutionnelle applique les exigences de l'article 14 de la Constitution également aux sanctions administratives et que, par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme interprète les termes « matière pénale » de façon autonome et indépendante des catégorisations utilisées par les systèmes juridiques nationaux des États membres, en application des « critères *Engel* » développés par sa jurisprudence. Dans l'un et l'autre cas, les requis de

l'article 14 de la Constitution ainsi que des traités internationaux devront donc être respectés.

*3) Dans l'hypothèse d'une sanction de nature pénale, est-ce que cette sanction pourrait prévoir une privation de liberté (peine d'emprisonnement), ou est-ce qu'elle devrait se limiter à des sanctions pénales non-privatives de liberté ?*

Dans l'hypothèse où la sanction serait de nature pénale, il appartiendra en principe au législateur d'apprécier l'opportunité d'une peine privative de liberté, dans le respect du principe de proportionnalité des peines.

*4) Dans l'hypothèse d'une sanction de nature administrative, devrait-elle se limiter à une amende administrative, ou pourrait-elle comporter également d'autres sanctions, comme par exemple des interdictions temporaires d'accès à des lieux ou des services publics, etc. ?*

En ce qui concerne la question de savoir si une sanction de nature administrative pourrait comporter des interdictions temporaires d'accès à des lieux ou à des services publics, il convient de noter qu'il appartiendra au législateur d'apprécier l'opportunité de telles sanctions. Le droit luxembourgeois connaît actuellement très peu de sanctions administratives accessoires. Si rien n'empêche d'instaurer de telles sanctions accessoires, celles-ci devront toutefois respecter le principe de proportionnalité des peines. À titre d'exemple, l'interdiction d'accès aux services publics pourrait être difficilement conciliable avec le principe de proportionnalité des peines. En ce qui concerne l'accès aux services publics, il est renvoyé aux observations formulées par le Conseil d'État dans son avis complémentaire du 14 décembre 2021 sur le projet de loi n° 7924, et notamment à celles relatives à l'amendement gouvernemental 6 du 9 décembre 2021 :

« Le Conseil d'État note que le projet de loi maintient, pour ce qui est des administrations publiques, que « l'accès au service public et la continuité du service public doivent rester garantis ». Il ne saurait en effet être accepté que des personnes, même si elles ont librement décidé de ne pas se faire vacciner, soient de ce fait exclues de l'accès aux services publics. »

Sont encore rappelées les observations formulées par le Conseil d'État dans son avis du 8 décembre 2021 sur le projet de loi n° 7924 et plus particulièrement ses observations relatives à l'article 1<sup>er</sup>, qui avait pour objet d'instaurer un régime « 2G » pour un certain nombre d'endroits et d'activités de loisirs.

*5) Dans l'hypothèse d'une sanction se limitant à une amende administrative, est-ce que cette dernière pourrait prévoir un montant fixe ou devrait-elle prévoir un montant maximal et un montant minimal, à l'instar des amendes pénales ?*

Une sanction se limitant à une amende administrative peut soit prévoir un montant fixe soit une fourchette de montants. Une fourchette de montants est susceptible de permettre d'assurer un effet dissuasif et efficace plus adéquat de la sanction et mieux adapté à la situation individuelle de la personne concernée.

6) *Quels pourraient être le montant fixe respectivement les montants minimal et maximal de l'amende administrative pour respecter le principe de la proportionnalité entre le non-respect de l'obligation vaccinale et la sanction ?*

Il appartiendra au législateur d'apprécier l'opportunité d'une mise en place d'une sanction administrative pour non-respect de l'obligation vaccinale et, le cas échéant, le montant fixe ou les montants minimal et maximal d'une fourchette, dans le respect du principe de proportionnalité.

Il ne revient pas au Conseil d'État de proposer des montants de sanctions, en ce que la proportionnalité de ces montants dépend nécessairement des circonstances, des faits et des intérêts à apprécier par le législateur. Le Conseil d'État rappelle ses observations formulées dans son avis du 10 juillet 2020<sup>1</sup> et réitérées dans son avis précité du 8 décembre 2021, qu'il « ne lui appartient pas de procéder à des évaluations de risque pour la santé publique ou de substituer son analyse à celle du Gouvernement, auteur du projet de loi. Il relève toutefois de sa mission de rappeler au législateur que toute mesure légale constituant une ingérence dans la vie privée doit répondre aux critères de la nécessité et de la proportionnalité tels qu'appliqués en particulier par la Cour européenne des droits de l'homme. Il est du devoir des auteurs d'un projet de loi prévoyant des mesures restrictives de fournir les éléments factuels de nature à établir que les mesures prévues sont nécessaires au regard de la situation au moment du dépôt du projet de loi et de l'évolution prévisible pendant la période d'application de la loi et sont proportionnées aux impératifs de santé publique ».

7) *Dans l'hypothèse d'une sanction se limitant à une amende administrative, est-ce que le pouvoir de prononcer cette sanction doit-il être confié à un ministre, ou pourrait-il également être confié à un directeur d'une administration, comme le directeur de la santé ?*

Tant le ministre que le directeur d'une administration peuvent se voir confier par la loi le pouvoir de prononcer une sanction administrative dans les conditions à définir par cette loi et en respectant les principes de la procédure administrative non contentieuse, et notamment celui du contradictoire. Dans ce contexte, le Conseil d'État renvoie à son avis du 28 novembre 2017 sur le projet de loi n° 7126 et notamment à ses observations relatives à l'article 8 du projet de loi précité<sup>2</sup>.

8) *Dans l'hypothèse d'une sanction ayant le caractère d'une amende administrative, est-ce que cette amende devrait être unique, dans le sens qu'elle ne pourrait être prononcée qu'une seule fois à l'égard de la même personne, peu importe la durée du non-respect de l'obligation vaccinale ou*

---

<sup>1</sup> Avis du Conseil d'État du 10 juillet 2020 sur le projet de loi n° 7622 portant introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 et modifiant :

1° la loi modifiée du 25 novembre 1975 concernant la délivrance au public des médicaments ;

2° la loi modifiée du 11 avril 1983 portant réglementation de la mise sur le marché et de la publicité des médicaments

(Doc. parl. n° 7622<sup>3</sup>).

<sup>2</sup> Avis du Conseil d'État du 28 novembre 2017 sur le projet de loi n° 7126 relative aux sanctions administratives communales modifiant

1. Le Code pénal ;

2. Le Code d'instruction criminelle ;

3. La loi communale modifiée du 13 décembre 1988

(Doc. parl. n° 7126<sup>4</sup>, p. 8.).

*le nombre de fois que le non-respect a été constaté, ou est-ce que cette amende pourrait être récurrente, dans le sens qu'elle pourrait être prononcée autant de fois que le non-respect de l'obligation vaccinale a été constaté après un certain laps de temps écoulé depuis la constatation précédente ?*

La question de la récurrence d'une sanction administrative pour les mêmes faits soulève un certain nombre d'interrogations, liées non seulement au respect du principe de proportionnalité, mais en outre, notamment, au principe *non bis in idem*, c'est-à-dire le principe selon lequel l'on ne peut être puni deux fois pour les mêmes faits, principe qui est consacré par l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En l'espèce, il est prévu de sanctionner une infraction commise par omission. La particularité est que l'omission de respecter l'obligation de vaccination est susceptible de revêtir un caractère continu et n'est éventuellement pas interrompue après une première constatation de cette « infraction » ni après la sanction de celle-ci. La question qu'il conviendra de se poser est celle de savoir s'il s'agit alors de plusieurs infractions ou d'une seule infraction continue. Dans le premier cas, chaque infraction peut être sanctionnée individuellement, de telle sorte que les différentes sanctions se cumulent, et cela tant que ces sanctions soient proportionnées dans leur ensemble. Dans le second cas, la question se pose si les faits (non-respect de l'obligation vaccinale) se trouvent dans un même cadre factuel et temporel formant un « tout cohérent » et si les procédures constituent alors un système intégré permettant de réprimer un fait sous ses différents aspects de manière prévisible et proportionnée, en s'alignant sur la jurisprudence<sup>3</sup>.

À cet égard, il convient d'insister sur le fait que la qualification des faits ne résulte pas automatiquement du constat (mensuel) systématique du non-respect de l'obligation, en ce qu'une nouvelle infraction ne peut être constatée qu'en procédant à l'examen et à la qualification des faits.

En appliquant les critères développés par la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel français a constaté, en présence d'un cumul de sanctions, que des dispositions contreviennent au principe de *non bis in idem* lorsque « les mêmes faits qualifiés de manière identique » sont sanctionnés par des sanctions de nature identiques, afin de protéger « les mêmes intérêts sociaux »<sup>4</sup>. Ainsi, ledit principe « ne fait pas obstacle à ce que les *mêmes faits* commis par une même personne puissent faire l'objet de *poursuites différentes* aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de *corps de règles distincts*. Si l'éventualité que deux procédures soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ».<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> CEDH, arrêt *A. et B. c. Norvège* du 15 novembre 2015, nos 24130/11 et 29758/11, § 121 et s.

<sup>4</sup> Décision n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021, Société Akka technologies et autres, p. 6 et 7 [non-conformité de sanctions de l'obstruction aux enquêtes de l'autorité de concurrence], et son commentaire, p. 18 et suivantes ainsi que la jurisprudence y indiquée.

<sup>5</sup> À titre d'exemples, voir les décisions nos 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015 ; 2016-545 et 2016-546 QPC du 24 juin 2016, pt. 8.

Dans un arrêt récent du 10 décembre 2021, relatif à l'obligation vaccinale instaurée en Polynésie Française et visant les personnes exerçant une activité professionnelle ou bénévole les exposant ou exposant les personnes en charge à des risques de contamination, le Conseil d'État français a retenu que « [l]e montant de l'amende<sup>6</sup> n'est pas disproportionné eu égard au manquement qu'elle a pour objet de sanctionner. Il en est de même pour la faculté de la prononcer à plusieurs reprises, ce renouvellement n'étant éventuellement possible qu'au terme du délai d'un mois laissé au contrevenant pour régulariser sa situation vaccinale, et ne pouvant ainsi s'appliquer que s'il persiste dans son refus. [...] Il appartient au juge administratif, pour chaque amende prononcée et après avoir exercé son plein contrôle sur les faits invoqués et sur la qualification, de maintenir l'amende ou de l'annuler. »<sup>7</sup>

Cet arrêt du Conseil d'État français reste, pour l'heure, une décision isolée. Dans la mesure où l'affaire visait à contrôler, de manière abstraite, une loi, le cas concret de « renouvellement » d'une amende est évidemment susceptible d'être décidé différemment. En effet, le Conseil d'État français n'aborde ni la question de savoir s'il s'agit, dans un cas concret, de « mêmes faits » ni celle de savoir s'il s'agit d'un « tout cohérent ».

Dans la mesure où le principe de *non bis in idem* prohibe la répétition des procédures définitivement clôturées, il convient encore de relever que ledit principe ne trouve pas à s'appliquer dans les situations où une décision définitive<sup>8</sup> n'a pas encore été prise ou, au contraire, où une nouvelle procédure n'a pas encore été ouverte. Les recours extraordinaires, tels qu'une demande de réouverture de la procédure (en l'espèce, procédure de « régularisation »), ne sont pas pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si la procédure a été définitivement clôturée.

Le problème d'une sanction « récurrente » reçoit encore d'autres réponses dans d'autres pays. Une telle sanction récurrente sera considérée soit comme étant contraire au principe de *non bis in idem* soit comme ne l'étant pas, en fonction du domaine de droit et de la qualification de l'infraction comme « continue » ou « nouvelle »<sup>9</sup>.

Le Conseil d'État renvoie, dans ce contexte, également à sa réponse à la question n° 1.

---

<sup>6</sup> Prévu est un montant fixe de 175 000 F CFP, ce qui correspond à environ 1 460 euros. La Polynésie Française fait partie des territoires plutôt riches du Pacifique Sud.

<sup>7</sup> Conseil d'État (F), 10ème - 9ème chambres réunies, arrêt du 10 décembre 2021, 456004, pt. 33.

<sup>8</sup> Au sujet des « décisions définitives », voir CEDH, arrêts *Nikitine c. Russie*, 15 décembre 2004, n° 50178/99, CEDH 2004-VIII, § 37 ; *Sergueï Zolotoukhine c. Russie* [GC], 10 février 2009, n° 14939/03, § 107.

<sup>9</sup> Ainsi, en Suisse, en matière d'asile, le Tribunal fédéral a décidé (arrêt du 4 novembre 2008, 135 IV 6) que s'il est vrai que la présence irrégulière d'un étranger sur le territoire sans autorisation constitue un « délit continu » par omission, le fait de ne pas quitter le pays après une condamnation à une peine de privation de liberté est à qualifier comme un nouveau fait déclencheur de l'infraction (nouvelle sanction possible en raison d'une « Zäsur » par la première condamnation).

En revanche, selon un arrêt du Bundesverfassungsgericht du 27 décembre 2006 (2 BvR 1895/05), en matière d'enlèvement d'un enfant, le refus de permettre à l'enfant de retourner auprès de sa mère, après condamnation pour le (même) refus, est qualifiée de délit continu. Les juges contestent pourtant, au fond, essentiellement le défaut de motivation des juges et constatent que le refus (continu) après condamnation aurait pu être qualifié comme déclenchant un nouveau délit.

9) Dans l'hypothèse d'une amende administrative à caractère récurrent, quel devrait être le laps de temps minimal entre deux constatations du non-respect de l'obligation vaccinale ?

Il est renvoyé aux développements à l'occasion de la réponse à la question n° 6.

10) Au vu de la complexité potentielle du système à mettre en place pour surveiller le respect de l'obligation vaccinale et des changements fréquents et multiples des informations à traiter dans le cadre de ce système, est-ce qu'il est envisageable de prévoir une disposition légale suivant laquelle une amende administrative devenue définitive serait de plein droit nulle et non avenue, si la personne concernée peut établir, dans un délai déterminé après la notification de l'amende, qu'elle a respecté *ex post* l'obligation vaccinale, ou qu'elle avait déjà respecté l'obligation vaccinale avant le prononcé de la sanction, sauf que les informations du système n'étaient pas à jour ?

La sanction administrative est une décision administrative contre laquelle la personne concernée a la possibilité d'introduire un recours devant le Tribunal administratif. Se pose la question de savoir comment la personne concernée pourra être sûre du fait que la sanction est de plein droit nulle et non avenue si elle satisfait *ex post* à l'obligation vaccinale. Dans un souci de sécurité juridique et en respectant la règle du parallélisme des formes, une décision administrative doit donc être expressément retirée par l'autorité qui l'avait émise.

11) Dans l'hypothèse d'une amende administrative, est-ce que le recours à prévoir devant les juridictions administratives devrait être un recours en réformation, ou est-ce qu'un recours en annulation serait suffisant ?

Dans la mesure où le recours en annulation devant le juge administratif luxembourgeois permet un contrôle des questions de fait et de droit, un tel recours en annulation en présence d'une sanction administrative fixe peut être concevable.

En revanche, en présence d'une fourchette de sanctions, « [l]e respect de l'article 6 de la Convention suppose en effet que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 § 1 subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction (*Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro et Pfarrmeier c. Autriche*, arrêts du 23 octobre 1995, série A n° 328 A-C et 329 A-C, respectivement §§ 34, 37, 42, 39, 41 et 38). Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi (*Chevol c. France*, arrêt du 13 février 2003, § 77. »<sup>10</sup>

Dans un tel cas, il faudra prévoir un recours en réformation, permettant le réexamen de tous les aspects de la décision, en ce compris la modulation par le juge du taux de la peine.

---

<sup>10</sup> CEDH, arrêt *Silvester's Horeca Service c. Belgique* du 4 mars 2004, n° 47650/99, §§ 26 et s.

*12) Est-ce que la procédure contentieuse applicable devant les juridictions administratives devrait être la procédure de droit commun prévue par la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ou est-ce qu'une procédure plus rapide et simplifiée pourrait être prévue, à l'instar de celle ayant été prévue par la loi modifiée du 17 juillet 2020 sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 ?*

Il appartiendra au législateur d'apprécier l'opportunité d'opter pour l'une ou pour l'autre procédure.

En matière de contentieux administratif, le recours en appel contre les décisions du Tribunal administratif est de droit, en vertu de la loi modifiée du 21 mai 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives. Les dérogations doivent dès lors respecter les principes de proportionnalité et de l'égalité devant la loi. Une procédure simplifiée et plus rapide doit assurer le respect au droit à un recours effectif.

Il convient encore de relever que la suppression du double degré de juridiction dans le cadre d'une « procédure plus rapide et simplifiée » doit se faire dans le respect de l'article 2 du Protocole n°7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

*13) Est-ce que le recouvrement des amendes coulées en force de chose décidée ou jugée devrait être confié à l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA ?*

Il n'est pas inconcevable de confier le recouvrement des amendes « coulées en force de chose décidée ou jugée » à l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA, qui a d'ores et déjà la perception d'amendes administratives dans ses compétences. Il en va de même des amendes pénales, la question visant, aux yeux du Conseil d'État, les deux hypothèses.

*14) Est-ce que la loi devrait prévoir une période déterminée pendant laquelle elle est en vigueur, ou pourrait-elle prévoir une date fixe à laquelle elle cesse d'être en vigueur ?*

En principe, il revient au même de fixer une période déterminée pendant laquelle la loi est en vigueur ou de fixer une date à laquelle la loi cesse d'être en vigueur.

*Questions 15) à 39)*

Les questions 15 à 39 sont relatives à l'exécution d'une obligation vaccinale dans les secteurs de soins et de santé, pour certains professionnels de santé ainsi que dans les centres pénitentiaires, tout comme, selon la lecture du Conseil d'État, dans le centre de rétention. L'exécution et la sanction du non-respect d'une obligation vaccinale poseront nécessairement la question préalable de la proportionnalité de l'obligation vaccinale en tant que telle.

En ce qui concerne l'exécution d'une obligation vaccinale dans les secteurs de soins et de santé, pour certains professionnels de santé ainsi que dans les centres pénitentiaires, les questions soulevées s'apparentent à celles posées lors de l'introduction du régime « 3G » sur le lieu du travail. Il est

renvoyé aux avis récurrents émis par le Conseil d'État en la matière et plus particulièrement à ceux relatifs à la loi modifiée du 17 juillet 2020 sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 et relatifs aux diverses lois modificatives de la loi précitée du 17 juillet 2020.

*15) Est-ce que l'obligation des salariés, travailleurs indépendants et agents publics de présenter à leur arrivée sur leur lieu de travail, d'exercice de leur activité ou de prestations de service un certificat de vaccination ou de rétablissement en cours de validité se conçoit avec les principes constitutionnels de la protection de la vie privée et du droit au travail des personnes ?*

Cette question n'a pas trait à l'obligation vaccinale. Il s'agit d'une obligation de présenter un certificat de vaccination. Le Conseil d'État renvoie à ses avis récurrents dans le cadre des projets de loi COVID, dont il résulte que s'il existe une obligation légale justifiée et proportionnée, un tel certificat de vaccination peut être requis de la part des salariés.

*16) Est-ce que la conséquence découlant d'un refus ou de l'impossibilité de présenter l'un des certificats exigés par le salarié, l'agent public ou le travailleur indépendant à l'arrivée sur leur lieu de travail, d'exercice de leur activité ou de prestations de service, à savoir le refus d'accès au lieu de travail, constitue une ingérence proportionnée aux libertés individuelles des personnes, notamment au droit au travail ?*

Il est renvoyé aux observations formulées par le Conseil d'État dans son avis complémentaire n° 60.857 sur le projet de loi n° 7924, et notamment aux observations relatives à l'amendement gouvernemental 6 du 9 décembre 2021. À noter toutefois que contrairement au régime introduit par la loi du 16 décembre 2021<sup>11</sup> et adapté par la loi du 11 janvier 2022<sup>12</sup>, qui prévoyait

---

<sup>11</sup> Loi du 16 décembre 2021 portant modification :

- 1° de la loi modifiée du 17 juillet 2020 sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 ;
- 2° de la loi modifiée du 6 janvier 1995 relative à la distribution en gros des médicaments ;
- 3° de la loi modifiée du 20 juin 2020 portant 1° dérogation temporaire à certaines dispositions en matière de droit du travail en relation avec l'état de crise lié au Covid-19 ; 2° modification du Code du travail ;
- 4° de la loi modifiée du 24 juin 2020 portant introduction de mesures temporaires relatives à la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 et à la loi modifiée du 27 mars 2018 portant organisation de la sécurité civile dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 ;
- 5° de la loi modifiée du 24 juin 2020 portant introduction d'une mesure temporaire relative à l'application de l'article 12 de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 ;
- 6° de la loi modifiée du 24 juin 2020 concernant la célébration du mariage dans un édifice communal autre que la maison communale dans le cadre de la lutte contre la pandémie Covid-19 ;
- 7° de la loi du 24 juillet 2020 portant dérogation temporaire aux articles L. 524-1, L. 524-2, L. 524-5, L. 541-1 et L. 541-2 du Code du travail ;
- 8° de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant dérogation temporaire à l'article L. 121-6 du Code du travail ;
- 9° de la loi modifiée du 19 décembre 2020 ayant pour objet la mise en place d'une contribution temporaire de l'État aux coûts non couverts de certaines entreprises ;
- 10° de la loi modifiée du 19 décembre 2020 ayant pour objet la mise en place d'une nouvelle aide de relance ;
- 11° de la loi modifiée du 22 janvier 2021 portant : 1° modification des articles L. 234-51, L. 234-52 et L. 234-53 du Code du travail ; 2° dérogation temporaire aux dispositions des articles L. 234-51, L. 234-52 et L. 234-53 du Code du travail.

<sup>12</sup> Loi du 11 janvier 2022 portant modification de la loi modifiée du 17 juillet 2020 sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19.

un régime 3G obligatoire général pour le lieu du travail, il s'agirait ici d'un régime 1G, donc considérablement plus restrictif.

*17) Est-ce que l'obligation des salariés, travailleurs indépendants et agents publics, titulaires d'un certificat de contre-indication à la vaccination contre le Covid-19, de présenter à l'arrivée sur leur lieu de travail, d'exercice de leur activité ou de prestation de service le certificat de contre-indication à la vaccination en cours de validité et un certificat de test négatif réalisé sur place ou non peut être considéré comme une ingérence proportionnée dans les libertés individuelles des personnes, à savoir le droit à la protection de la vie privée et le droit au travail ?*

Il est encore renvoyé aux avis du Conseil d'État en la matière.<sup>13</sup>

*18) Est-ce que les personnes ayant la qualité de travailleurs indépendants, de prestataires externes ou de sous-traitants qui se voient refuser l'accès aux structures concernées (p.ex. : établissement hospitalier, centre de cure ou de rééducation, structure d'hébergement, etc.), faute de pouvoir présenter un des certificats exigés peuvent être sanctionnées ? Dans l'affirmative, est-ce que la sanction peut se référer aux dispositions des articles 1134 à 1135-1 et 1136 à 1155 du Code civil ? Peut-elle être considérée comme une sanction adéquate et justifiée ?*

Se pose tout d'abord la question de savoir ce qu'on entend par « sanction ». Une sanction pénale ou administrative pour non-présentation du certificat de vaccination lors de l'entrée aux structures visées n'est envisageable que si celle-ci est prévue par la loi et si elle répond notamment au principe de proportionnalité. Il est difficilement concevable qu'une personne se fasse sanctionner une nouvelle fois, le refus de l'accès aux structures concernées étant une mesure largement suffisante pour atteindre l'objectif voulu par le législateur, à savoir la protection des personnes vulnérables. Dans ce même contexte, se pose la question du respect du principe du *non bis in idem*.

Reste la question d'une possible sanction d'une autre nature à l'égard des travailleurs indépendants, prestataires externes et sous-traitants. Dans la mesure où les personnes visées ne se trouvent en principe pas dans une relation hiérarchique avec les structures auxquelles elles doivent normalement avoir accès pour exercer leurs activités, ces structures ne pourraient pas les sanctionner dans une optique disciplinaire.

Les seules conséquences dans la relation entre travailleur indépendant, prestataires externes ou sous-traitants d'un côté et structure concernée de l'autre côté se situent en principe au plan civil. Dans la mesure où la structure concernée se trouvera dans une relation contractuelle (prestations de services par exemple) avec le travailleur indépendant, le prestataire externe ou le sous-traitant, le droit civil des obligations trouvera à s'appliquer.

---

<sup>13</sup> Voir aussi l'arrêt récent du BVerfG du 27 avril 2022 (1BvR 2649/21 : Erfolglose Verfassungsbeschwerde gegen die Pflicht zum Nachweis einer Impfung gegen COVID-19 (sogenannte „einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht“): «Der Gesetzgeber hat im Rahmen des ihm zustehenden Einschätzungsspielraums einen angemessenen Ausgleich zwischen dem mit der Nachweispflicht verfolgten Schutz vulnerabler Menschen vor einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und den Grundrechtsbeeinträchtigungen gefunden. Trotz der hohen Eingriffsintensität müssen die grundrechtlich geschützten Interessen der im Gesundheits- und Pflegebereich tätigen Beschwerdeführenden letztlich zurücktreten. »

*19) Est-ce que la perte de plein droit de la rémunération correspondant aux heures de travail non prestées en ce qui concerne les salariés dans les cas dans lesquels ils n'ont pas présenté un des certificats exigés et n'ont pas eu recours aux jours de congé payé de récréation légaux ou conventionnels pour combler les journées d'absence y résultant, peut être considérée comme compatible avec le droit au travail ?*

Le fait pour un salarié de ne pas présenter un des certificats exigés par la loi pour accéder au lieu de travail peut, le cas échéant, être considéré comme un refus de travail du salarié, ce qui pourrait emporter la perte de la rémunération correspondant aux heures de travail non prestées. En ce qui concerne le recours aux jours de congé de récréation légaux afin de compenser les heures de travail non prestées, se pose la question de savoir si, en dehors d'une disposition légale en ce sens, l'employeur pourrait refuser le congé pour des raisons de besoins du service. Cette question a trouvé une réponse dans le cadre de la loi précitée du 17 juillet 2020, qui avait fait l'objet d'un avis complémentaire n° 60.857 sur le projet de loi n° 7924 et qui avait reçu la dispense du second vote constitutionnel de la part du Conseil d'État.

*20) Est-ce que la perte de plein droit de la rémunération à raison d'un trentième par journée d'absence entière ou entamée en ce qui concerne les agents publics dans les cas dans lesquels ils n'ont pas présenté un des certificats exigés et n'ont pas eu recours à leur congé de récréation pour combler les journées d'absence y résultant, peut être considérée comme compatible avec le droit au travail ?*

Il est renvoyé aux observations relatives à la question n° 19.

*21) Est-ce que la distinction de traitement entre les personnes pouvant présenter un des certificats exigés par rapport aux personnes qui ne sont pas dans la mesure à le faire peut se concevoir avec le principe de non-discrimination et le principe de l'égalité devant la loi ?*

Il est renvoyé aux avis du Conseil d'État en la matière.

*22) Est-ce que l'exclusion du dispositif du chômage partiel des salariés qui ne peuvent pas présenter un des certificats exigés est compatible avec le principe de non-discrimination et le principe de l'égalité devant la loi ?*

Il est renvoyé aux avis du Conseil d'État en la matière.

*23) Est-ce que la vérification d'identité effectuée par les gérants, personnes dirigeantes ou autres personnes responsables des structures concernées ou le chef d'administration, étant donné que la preuve d'identité peut se faire par tout document officiel, peut être considérée comme une vérification ne tombant pas sous l'application de l'article 45 du Code de procédure pénale ? Dans l'affirmative, est-ce que ce pouvoir de contrôle peut être confié aux gérants, personnes dirigeantes ou autres personnes responsables des structures concernées ou le chef d'administration ? Est-ce que cette vérification d'identité constitue une ingérence proportionnée dans les libertés individuelles des personnes, à savoir le droit à la protection de la vie privée ?*

En ce qui concerne la question de la vérification d'identité par les gérants, personnes dirigeantes ou autres personnes responsables des structures concernées ou le chef d'administration, il est renvoyé aux observations formulées par le Conseil d'État dans son avis complémentaire n° 60.857 sur le projet de loi n° 7924 en matière de vérification d'identité au lieu de travail, ainsi qu'aux observations exhaustives formulées dans le cadre de l'avis n° 60.857 sur le projet de loi n° 7924, et plus particulièrement relatives à l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi précité.

Comme relevé dans les avis précités, il ne s'agira pas d'un contrôle d'identité (article 45 du Code de procédure pénale), mais d'une vérification d'identité.

*24) Est-ce que (i) l'obligation de contrôler les conditions d'accès aux centres pénitentiaires et (ii) le non-respect de l'interdiction d'accès aux personnes ne remplissant pas les conditions d'accès aux centres pénitentiaires peuvent être assorties de sanctions à l'instar de celle ayant été prévue par la loi modifiée du 17 juillet 2020 sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 ? Dans l'affirmative, pourrait-il s'agir de sanctions de nature administrative, ou devrait-il s'agir de sanctions de nature pénale ?*

Les conditions d'accès aux centres pénitentiaires et le non-respect de celles-ci font déjà l'objet de dispositions légales et réglementaires et il est renvoyé à celles-ci.

*25 à 27) Est-ce que l'accès aux centres pénitentiaires pourrait être limité aux personnes pouvant établir qu'elles ont respecté l'obligation vaccinale, si tant est qu'elles y sont soumises de par la loi et ne font pas partie des personnes exemptées de l'obligation aux termes de la loi ?*

*Est-ce que l'accès aux centres pénitentiaires pourrait être soumis à l'obligation que les personnes souhaitant y accéder peuvent établir qu'elles ont été testées négativement au virus du Covid-19, et cela même à l'égard des personnes qui ne sont pas soumises à l'obligation vaccinale ?*

*Est-ce que l'accès aux centres pénitentiaires pour les personnes soumises à l'obligation vaccinale pourrait être soumis à une obligation alternative, soit qu'elles peuvent établir qu'elles ont respecté l'obligation vaccinale, soit qu'elles peuvent établir qu'elles ont été testées négativement au virus du Covid-19 ?*

Il appartiendra au législateur d'apprécier l'opportunité des limites et restrictions d'accès aux centres pénitentiaires au regard de certains groupes de personnes dans le respect des principes de proportionnalité et de l'égalité devant la loi, sachant que plusieurs droits et libertés de l'individu entrent en jeu en matière de privation de liberté.

*28) Est-ce que les représentants des institutions visées à l'article 24 de la loi du 20 juillet 2018 portant réforme de l'administration pénitentiaire pourraient ou devraient être exemptées de l'obligation d'établir qu'elles ont respecté l'obligation vaccinale, même si elles y étaient soumises ? Dans l'affirmative, de quelles institutions devrait-il s'agir au moins ?*

Le législateur peut déroger à la règle de l'article 24 de la loi du 20 juillet 2018 portant réforme de l'administration pénitentiaire en adoptant une

disposition spéciale dans le respect des principes de proportionnalité et de l'égalité devant la loi.

*29 et 30) Dans l'hypothèse de l'introduction d'une obligation vaccinale dans les secteurs des soins et de santé, pour certains professionnels de santé, ainsi que dans les centres pénitentiaires, est-ce que cette obligation légale peut être pourvue d'une sanction en cas de non-respect de cette obligation ?*

*Dans l'affirmative, est-ce que cette sanction devrait être de nature pénale ou administrative ?*

Il est concevable de prévoir une sanction (administrative ou pénale) en cas de non-respect de l'obligation vaccinale dans les secteurs de soins et de santé. Sous réserve des principes de proportionnalité et de l'égalité devant la loi, il incombera au législateur d'apprécier l'opportunité d'une telle sanction.

Pour ce qui est des personnes au-dessus de cinquante ans qui travaillent dans les secteurs de santé, il est renvoyé aux développements relatifs à la question n° 18 en ce qui concerne la double incrimination.

*31) Dans l'hypothèse d'une sanction de nature pénale, est-ce que cette sanction pourrait prévoir une privation de liberté (peine d'emprisonnement), ou est-ce qu'elle devrait se limiter à des sanctions pénales non-privatives de liberté ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 3.

*32) Dans l'hypothèse d'une sanction de nature administrative, devrait-elle se limiter à une amende administrative, ou pourrait-elle comporter également d'autres sanctions, comme par exemple des interdictions temporaires d'accès à des lieux ou des services publics, etc. ?*

De telles sanctions accessoires risquent d'entrer en conflit avec les principes de proportionnalité et de l'égalité devant la loi.

En ce qui concerne plus particulièrement l'accès aux services publics, il est renvoyé aux développements formulés dans le cadre de la réponse à la question n° 4 ainsi qu'aux avis du Conseil d'État y cités.

*33) Dans l'hypothèse d'une sanction se limitant à une amende administrative, est-ce que cette dernière pourrait prévoir un montant fixe, ou devrait-elle prévoir un montant maximal et un montant minimal, à l'instar des amendes pénales ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 5.

*34) Quels pourraient être le montant fixe respectivement les montants minimal et maximal de l'amende administrative pour respecter le principe de la proportionnalité entre le fait punissable et la sanction ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 6.

*35) Dans l'hypothèse d'une sanction se limitant à une amende administrative, est-ce que le pouvoir de prononcer cette sanction doit-il être*

*confié à un ministre, ou pourrait-il également être confié à un directeur d'une administration ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 7.

*36) Dans l'hypothèse d'une amende administrative, est-ce que le recours à prévoir devant les juridictions administratives devrait être un recours en reformation, ou est-ce qu'un recours en annulation serait suffisant ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 11.

*37) Est-ce que la procédure contentieuse applicable devant les juridictions administratives devrait être la procédure de droit commun prévue par la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ou est-ce qu'une procédure plus rapide et simplifiée pourrait être prévue, à l'instar de celle ayant été prévue par la loi modifiée du 17 juillet 2020 sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 12.

*38) Est-ce que le recouvrement des amendes coulées en force de chose décidée ou jugée devrait être confié à l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 13.

*39) Est-ce que la loi devrait prévoir une période déterminée pendant laquelle elle est en vigueur, ou pourrait-elle prévoir une date fixe à laquelle elle cesse d'être en vigueur ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 14.

*40) Est-ce que la loi doit expressément préciser les destinataires auxquelles les données à caractère personnel peuvent être communiquées pour que la communication desdites données à un destinataire éventuel puisse être considérée comme licite au sens du règlement (UE) 2016/679, en particulier l'article 6, paragraphe 3 dudit règlement ?*

Il est nécessaire de préciser dans la loi les destinataires des données à caractère personnel, étant donné que la communication de ces données à des personnes tierces relève d'une matière réservée à la loi (article 11, paragraphe 3, de la Constitution).

*41) Les données à caractère personnel collectées et traitées dans le cadre de la mise en œuvre d'une loi peuvent-elles être traitées ultérieurement à des fins de recherche scientifique en application de l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, point b) du règlement (UE) 2016/679 ou faut-il, nonobstant la compatibilité aux termes du règlement (UE) 2016/679, que la loi autorise expressément ledit traitement ultérieur des données à caractère personnel pour ces finalités ?*

En principe, une loi n'est pas nécessaire, étant donné que le 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 est d'application directe et obligatoire pour ce qui est de ses différentes dispositions.

*42) La conservation généralisée des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la mise en œuvre d'une loi, pendant une période de 3 mois qui commence à courir à partir du jour où ladite loi cesse d'être en vigueur, est-elle conforme au principe de la limitation de la conservation énoncé à l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, point e) du règlement (UE) 2016/679 ?*

Un délai de trois mois est concevable s'il peut être justifié au regard de la nécessité de conservation des différentes données à caractère personnel concernées et des finalités poursuivies par la conservation.

Il convient toutefois de relever qu'il y aura lieu de vérifier les délais de conservation, d'anonymisation ou de pseudonymisation des données à caractère personnel au regard de la loi précitée du 17 juillet 2020. Se posera, à cet égard, la question si les personnes soumises à une vaccination obligatoire seront également répertoriées dans les fichiers prévus dans cette loi. Pour le cas où les personnes seraient répertoriées dans les deux fichiers, il serait nécessaire d'indiquer la finalité du nouveau traitement de données à caractère personnel. Pour le cas où ces personnes ne seraient plus répertoriées dans le fichier prévu par la loi précitée du 17 juillet 2020, il est indispensable d'harmoniser les délais de conservation, surtout au regard de l'objectif poursuivi. Il faudrait, par ailleurs, veiller à la compatibilité d'une nouvelle disposition avec celles de la loi précitée du 17 juillet 2020, au regard des délais de conservation à prévoir. Cette loi prévoit en effet une anonymisation de certaines données à caractère personnel des personnes vaccinées après vingt ans. Dans son rapport du 24 décembre 2020 sur le projet de loi n° 7738, la Commission de la santé et des sports avait répondu à l'interrogation du Conseil d'État que la durée de conservation de vingt ans s'expliquait « par la volonté de protéger les intérêts de la personne vaccinée ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 27 septembre 2022.

Le Secrétaire général,

A large, stylized signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke at the bottom.

Le Président,

A signature in blue ink, starting with a large 'S' and ending with a sharp, vertical stroke.

## Demande d'avis

sur la base de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 16 juin 2017 sur l'organisation du Conseil d'État

---

### Avis du Conseil d'État

(27 septembre 2022)

Par dépêche du 23 août 2022, le Premier ministre, ministre d'État, a saisi le Conseil d'État d'une demande d'avis en application de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 16 juin 2017 sur l'organisation du Conseil d'État.

D'après la dépêche, la demande d'avis a pour objet une série de « questions de principe » en relation avec la mise en œuvre d'une éventuelle obligation vaccinale que le Gouvernement envisage de proposer d'introduire pour certaines catégories de personnes.

Toujours selon la dépêche, les réflexions du Gouvernement quant à la possibilité d'introduire une obligation vaccinale ont été entamées suite à l'avis complémentaire du 4 juillet 2022 du groupe *ad hoc* d'experts relatif à l'instauration d'une obligation vaccinale contre le coronavirus. Cet avis complémentaire a été joint à la demande d'avis.

\*\*\*

La demande d'avis du Gouvernement est formulée sur base de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 16 juin 2017 sur l'organisation du Conseil d'État. Cet article dispose que « [l]e Gouvernement, avant de soumettre au Conseil d'État un projet de loi ou de règlement, peut demander son avis sur le principe ».

Le Conseil d'État prend note du fait que le catalogue de questions lui soumis comprend pas moins de quarante-deux questions, dont la plupart s'articulent principalement autour de la proportionnalité de diverses mesures répressives, envisagées en cas de non-respect de l'obligation de vaccination, sans que soit soulevée la question quant au principe, de proportionnalité notamment, de cette obligation même.

En l'absence de cette question de principe de base, un nombre limité de questions soumises pourraient être qualifiées « de principe » au sens de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, précité, alors que d'autres sont d'une telle spécificité juridique que leur examen aurait normalement sa place dans le cadre d'un projet de loi. D'autres questions encore visent à obtenir des réponses du Conseil d'État qu'il ne saura possiblement donner, au risque sinon d'empiéter sur les compétences du législateur. Enfin, bon nombre des questions soulevées ont déjà pu être abordées et ont trouvé une réponse pertinente dans des avis du Conseil d'État relatifs, notamment, à la législation Covid-19.

Le Conseil d'État comprend que l'instauration d'une obligation vaccinale soulève de nombreuses questions sensibles, en raison notamment de la complexité du sujet et des intérêts et droits en jeu. Dans ce contexte, il tient à insister sur le fait que toute mesure, y incluse celle de l'obligation vaccinale en tant que telle, doit poursuivre un but légitime, être adéquate, nécessaire et proportionnée. L'examen de la proportionnalité d'une mesure visant à sanctionner le non-respect d'une première mesure doit nécessairement tenir compte de cette première mesure et de sa propre proportionnalité. Tout particulièrement, le Gouvernement reste muet au regard des buts concrets à poursuivre par chacune des mesures envisagées, ce qui rend, par endroit, l'examen des questions soumises très difficile.

À la lumière de ce qui précède, le Conseil d'État tâchera de donner, dans la limite de ses compétences et notamment dans le cadre dressé par l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi précitée du 16 juin 2017, sur base duquel le présent avis est demandé, des réponses aux questions soulevées par le Gouvernement.

À ces questions, le Conseil d'État est dès lors amené à répondre, quant à leur principe, comme suit.

*1) Dans l'hypothèse de l'introduction d'une obligation de vaccination ayant un caractère obligatoire mais non forcée pour les personnes résidentes sur le territoire national et qui ont atteint l'âge de cinquante ans révolus, est-ce que cette obligation légale peut être pourvue d'une sanction en cas de non-respect de cette obligation ?*

Pour assurer le respect d'une obligation légale, il est possible, voire nécessaire, de sanctionner le non-respect de cette obligation légale. Les modalités et conditions d'une telle sanction devront respecter l'article 14 de la Constitution ainsi que les traités internationaux auxquels le Luxembourg est partie.

Toutefois, le Conseil d'État s'interroge si l'instauration de seules sanctions est adéquate pour permettre aux auteurs d'atteindre le but recherché, à la lumière notamment des questions soulevées à l'endroit de la réponse à la question n° 8. Si le but de l'obligation vaccinale est la vaccination et non pas la sanction des personnes concernées, le Conseil d'État se demande si, au-delà de l'instauration d'une sanction pour violation de l'obligation de se faire vacciner, un système d'astreinte ne pourrait pas être plus adéquat pour permettre aux auteurs d'atteindre le but poursuivi.

*2) Dans l'affirmative, est-ce que cette sanction devrait être de nature pénale ou administrative ?*

En ce qui concerne la question de savoir si une sanction devrait être de nature pénale ou de nature administrative, il appartiendra au législateur d'en apprécier l'opportunité. Il convient de rappeler dans ce contexte que la Cour constitutionnelle applique les exigences de l'article 14 de la Constitution également aux sanctions administratives et que, par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme interprète les termes « matière pénale » de façon autonome et indépendante des catégorisations utilisées par les systèmes juridiques nationaux des États membres, en application des « critères *Engel* » développés par sa jurisprudence. Dans l'un et l'autre cas, les requis de

l'article 14 de la Constitution ainsi que des traités internationaux devront donc être respectés.

*3) Dans l'hypothèse d'une sanction de nature pénale, est-ce que cette sanction pourrait prévoir une privation de liberté (peine d'emprisonnement), ou est-ce qu'elle devrait se limiter à des sanctions pénales non-privatives de liberté ?*

Dans l'hypothèse où la sanction serait de nature pénale, il appartiendra en principe au législateur d'apprécier l'opportunité d'une peine privative de liberté, dans le respect du principe de proportionnalité des peines.

*4) Dans l'hypothèse d'une sanction de nature administrative, devrait-elle se limiter à une amende administrative, ou pourrait-elle comporter également d'autres sanctions, comme par exemple des interdictions temporaires d'accès à des lieux ou des services publics, etc. ?*

En ce qui concerne la question de savoir si une sanction de nature administrative pourrait comporter des interdictions temporaires d'accès à des lieux ou à des services publics, il convient de noter qu'il appartiendra au législateur d'apprécier l'opportunité de telles sanctions. Le droit luxembourgeois connaît actuellement très peu de sanctions administratives accessoires. Si rien n'empêche d'instaurer de telles sanctions accessoires, celles-ci devront toutefois respecter le principe de proportionnalité des peines. À titre d'exemple, l'interdiction d'accès aux services publics pourrait être difficilement conciliable avec le principe de proportionnalité des peines. En ce qui concerne l'accès aux services publics, il est renvoyé aux observations formulées par le Conseil d'État dans son avis complémentaire du 14 décembre 2021 sur le projet de loi n° 7924, et notamment à celles relatives à l'amendement gouvernemental 6 du 9 décembre 2021 :

« Le Conseil d'État note que le projet de loi maintient, pour ce qui est des administrations publiques, que « l'accès au service public et la continuité du service public doivent rester garantis ». Il ne saurait en effet être accepté que des personnes, même si elles ont librement décidé de ne pas se faire vacciner, soient de ce fait exclues de l'accès aux services publics. »

Sont encore rappelées les observations formulées par le Conseil d'État dans son avis du 8 décembre 2021 sur le projet de loi n° 7924 et plus particulièrement ses observations relatives à l'article 1<sup>er</sup>, qui avait pour objet d'instaurer un régime « 2G » pour un certain nombre d'endroits et d'activités de loisirs.

*5) Dans l'hypothèse d'une sanction se limitant à une amende administrative, est-ce que cette dernière pourrait prévoir un montant fixe ou devrait-elle prévoir un montant maximal et un montant minimal, à l'instar des amendes pénales ?*

Une sanction se limitant à une amende administrative peut soit prévoir un montant fixe soit une fourchette de montants. Une fourchette de montants est susceptible de permettre d'assurer un effet dissuasif et efficace plus adéquat de la sanction et mieux adapté à la situation individuelle de la personne concernée.

6) *Quels pourraient être le montant fixe respectivement les montants minimal et maximal de l'amende administrative pour respecter le principe de la proportionnalité entre le non-respect de l'obligation vaccinale et la sanction ?*

Il appartiendra au législateur d'apprécier l'opportunité d'une mise en place d'une sanction administrative pour non-respect de l'obligation vaccinale et, le cas échéant, le montant fixe ou les montants minimal et maximal d'une fourchette, dans le respect du principe de proportionnalité.

Il ne revient pas au Conseil d'État de proposer des montants de sanctions, en ce que la proportionnalité de ces montants dépend nécessairement des circonstances, des faits et des intérêts à apprécier par le législateur. Le Conseil d'État rappelle ses observations formulées dans son avis du 10 juillet 2020<sup>1</sup> et réitérées dans son avis précité du 8 décembre 2021, qu'il « ne lui appartient pas de procéder à des évaluations de risque pour la santé publique ou de substituer son analyse à celle du Gouvernement, auteur du projet de loi. Il relève toutefois de sa mission de rappeler au législateur que toute mesure légale constituant une ingérence dans la vie privée doit répondre aux critères de la nécessité et de la proportionnalité tels qu'appliqués en particulier par la Cour européenne des droits de l'homme. Il est du devoir des auteurs d'un projet de loi prévoyant des mesures restrictives de fournir les éléments factuels de nature à établir que les mesures prévues sont nécessaires au regard de la situation au moment du dépôt du projet de loi et de l'évolution prévisible pendant la période d'application de la loi et sont proportionnées aux impératifs de santé publique ».

7) *Dans l'hypothèse d'une sanction se limitant à une amende administrative, est-ce que le pouvoir de prononcer cette sanction doit-il être confié à un ministre, ou pourrait-il également être confié à un directeur d'une administration, comme le directeur de la santé ?*

Tant le ministre que le directeur d'une administration peuvent se voir confier par la loi le pouvoir de prononcer une sanction administrative dans les conditions à définir par cette loi et en respectant les principes de la procédure administrative non contentieuse, et notamment celui du contradictoire. Dans ce contexte, le Conseil d'État renvoie à son avis du 28 novembre 2017 sur le projet de loi n° 7126 et notamment à ses observations relatives à l'article 8 du projet de loi précité<sup>2</sup>.

8) *Dans l'hypothèse d'une sanction ayant le caractère d'une amende administrative, est-ce que cette amende devrait être unique, dans le sens qu'elle ne pourrait être prononcée qu'une seule fois à l'égard de la même personne, peu importe la durée du non-respect de l'obligation vaccinale ou*

---

<sup>1</sup> Avis du Conseil d'État du 10 juillet 2020 sur le projet de loi n° 7622 portant introduction d'une série de mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 et modifiant :

1° la loi modifiée du 25 novembre 1975 concernant la délivrance au public des médicaments ;

2° la loi modifiée du 11 avril 1983 portant réglementation de la mise sur le marché et de la publicité des médicaments

(Doc. parl. n° 7622<sup>3</sup>).

<sup>2</sup> Avis du Conseil d'État du 28 novembre 2017 sur le projet de loi n° 7126 relative aux sanctions administratives communales modifiant

1. Le Code pénal ;

2. Le Code d'instruction criminelle ;

3. La loi communale modifiée du 13 décembre 1988

(Doc. parl. n° 7126<sup>4</sup>, p. 8.).

*le nombre de fois que le non-respect a été constaté, ou est-ce que cette amende pourrait être récurrente, dans le sens qu'elle pourrait être prononcée autant de fois que le non-respect de l'obligation vaccinale a été constaté après un certain laps de temps écoulé depuis la constatation précédente ?*

La question de la récurrence d'une sanction administrative pour les mêmes faits soulève un certain nombre d'interrogations, liées non seulement au respect du principe de proportionnalité, mais en outre, notamment, au principe *non bis in idem*, c'est-à-dire le principe selon lequel l'on ne peut être puni deux fois pour les mêmes faits, principe qui est consacré par l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En l'espèce, il est prévu de sanctionner une infraction commise par omission. La particularité est que l'omission de respecter l'obligation de vaccination est susceptible de revêtir un caractère continu et n'est éventuellement pas interrompue après une première constatation de cette « infraction » ni après la sanction de celle-ci. La question qu'il conviendra de se poser est celle de savoir s'il s'agit alors de plusieurs infractions ou d'une seule infraction continue. Dans le premier cas, chaque infraction peut être sanctionnée individuellement, de telle sorte que les différentes sanctions se cumulent, et cela tant que ces sanctions soient proportionnées dans leur ensemble. Dans le second cas, la question se pose si les faits (non-respect de l'obligation vaccinale) se trouvent dans un même cadre factuel et temporel formant un « tout cohérent » et si les procédures constituent alors un système intégré permettant de réprimer un fait sous ses différents aspects de manière prévisible et proportionnée, en s'alignant sur la jurisprudence<sup>3</sup>.

À cet égard, il convient d'insister sur le fait que la qualification des faits ne résulte pas automatiquement du constat (mensuel) systématique du non-respect de l'obligation, en ce qu'une nouvelle infraction ne peut être constatée qu'en procédant à l'examen et à la qualification des faits.

En appliquant les critères développés par la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel français a constaté, en présence d'un cumul de sanctions, que des dispositions contreviennent au principe de *non bis in idem* lorsque « les mêmes faits qualifiés de manière identique » sont sanctionnés par des sanctions de nature identiques, afin de protéger « les mêmes intérêts sociaux »<sup>4</sup>. Ainsi, ledit principe « ne fait pas obstacle à ce que les *mêmes faits* commis par une même personne puissent faire l'objet de *poursuites différentes* aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de *corps de règles distincts*. Si l'éventualité que deux procédures soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ».<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> CEDH, arrêt *A. et B. c. Norvège* du 15 novembre 2015, nos 24130/11 et 29758/11, § 121 et s.

<sup>4</sup> Décision n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021, *Société Akka technologies et autres*, p. 6 et 7 [non-conformité de sanctions de l'obstruction aux enquêtes de l'autorité de concurrence], et son commentaire, p. 18 et suivantes ainsi que la jurisprudence y indiquée.

<sup>5</sup> À titre d'exemples, voir les décisions nos 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015 ; 2016-545 et 2016-546 QPC du 24 juin 2016, pt. 8.

Dans un arrêt récent du 10 décembre 2021, relatif à l'obligation vaccinale instaurée en Polynésie Française et visant les personnes exerçant une activité professionnelle ou bénévole les exposant ou exposant les personnes en charge à des risques de contamination, le Conseil d'État français a retenu que « [l]e montant de l'amende<sup>6</sup> n'est pas disproportionné eu égard au manquement qu'elle a pour objet de sanctionner. Il en est de même pour la faculté de la prononcer à plusieurs reprises, ce renouvellement n'étant éventuellement possible qu'au terme du délai d'un mois laissé au contrevenant pour régulariser sa situation vaccinale, et ne pouvant ainsi s'appliquer que s'il persiste dans son refus. [...] Il appartient au juge administratif, pour chaque amende prononcée et après avoir exercé son plein contrôle sur les faits invoqués et sur la qualification, de maintenir l'amende ou de l'annuler. »<sup>7</sup>

Cet arrêt du Conseil d'État français reste, pour l'heure, une décision isolée. Dans la mesure où l'affaire visait à contrôler, de manière abstraite, une loi, le cas concret de « renouvellement » d'une amende est évidemment susceptible d'être décidé différemment. En effet, le Conseil d'État français n'aborde ni la question de savoir s'il s'agit, dans un cas concret, de « mêmes faits » ni celle de savoir s'il s'agit d'un « tout cohérent ».

Dans la mesure où le principe de *non bis in idem* prohibe la répétition des procédures définitivement clôturées, il convient encore de relever que ledit principe ne trouve pas à s'appliquer dans les situations où une décision définitive<sup>8</sup> n'a pas encore été prise ou, au contraire, où une nouvelle procédure n'a pas encore été ouverte. Les recours extraordinaires, tels qu'une demande de réouverture de la procédure (en l'espèce, procédure de « régularisation »), ne sont pas pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si la procédure a été définitivement clôturée.

Le problème d'une sanction « récurrente » reçoit encore d'autres réponses dans d'autres pays. Une telle sanction récurrente sera considérée soit comme étant contraire au principe de *non bis in idem* soit comme ne l'étant pas, en fonction du domaine de droit et de la qualification de l'infraction comme « continue » ou « nouvelle »<sup>9</sup>.

Le Conseil d'État renvoie, dans ce contexte, également à sa réponse à la question n° 1.

---

<sup>6</sup> Prévu est un montant fixe de 175 000 F CFP, ce qui correspond à environ 1 460 euros. La Polynésie Française fait partie des territoires plutôt riches du Pacifique Sud.

<sup>7</sup> Conseil d'État (F), 10ème - 9ème chambres réunies, arrêt du 10 décembre 2021, 456004, pt. 33.

<sup>8</sup> Au sujet des « décisions définitives », voir CEDH, arrêts *Nikitine c. Russie*, 15 décembre 2004, n° 50178/99, CEDH 2004-VIII, § 37 ; *Sergueï Zolotoukhine c. Russie* [GC], 10 février 2009, n° 14939/03, § 107.

<sup>9</sup> Ainsi, en Suisse, en matière d'asile, le Tribunal fédéral a décidé (arrêt du 4 novembre 2008, 135 IV 6) que s'il est vrai que la présence irrégulière d'un étranger sur le territoire sans autorisation constitue un « délit continu » par omission, le fait de ne pas quitter le pays après une condamnation à une peine de privation de liberté est à qualifier comme un nouveau fait déclencheur de l'infraction (nouvelle sanction possible en raison d'une « Zäsur » par la première condamnation).

En revanche, selon un arrêt du Bundesverfassungsgericht du 27 décembre 2006 (2 BvR 1895/05), en matière d'enlèvement d'un enfant, le refus de permettre à l'enfant de retourner auprès de sa mère, après condamnation pour le (même) refus, est qualifiée de délit continu. Les juges contestent pourtant, au fond, essentiellement le défaut de motivation des juges et constatent que le refus (continu) après condamnation aurait pu être qualifié comme déclenchant un nouveau délit.

9) Dans l'hypothèse d'une amende administrative à caractère récurrent, quel devrait être le laps de temps minimal entre deux constatations du non-respect de l'obligation vaccinale ?

Il est renvoyé aux développements à l'occasion de la réponse à la question n° 6.

10) Au vu de la complexité potentielle du système à mettre en place pour surveiller le respect de l'obligation vaccinale et des changements fréquents et multiples des informations à traiter dans le cadre de ce système, est-ce qu'il est envisageable de prévoir une disposition légale suivant laquelle une amende administrative devenue définitive serait de plein droit nulle et non avenue, si la personne concernée peut établir, dans un délai déterminé après la notification de l'amende, qu'elle a respecté *ex post* l'obligation vaccinale, ou qu'elle avait déjà respecté l'obligation vaccinale avant le prononcé de la sanction, sauf que les informations du système n'étaient pas à jour ?

La sanction administrative est une décision administrative contre laquelle la personne concernée a la possibilité d'introduire un recours devant le Tribunal administratif. Se pose la question de savoir comment la personne concernée pourra être sûre du fait que la sanction est de plein droit nulle et non avenue si elle satisfait *ex post* à l'obligation vaccinale. Dans un souci de sécurité juridique et en respectant la règle du parallélisme des formes, une décision administrative doit donc être expressément retirée par l'autorité qui l'avait émise.

11) Dans l'hypothèse d'une amende administrative, est-ce que le recours à prévoir devant les juridictions administratives devrait être un recours en réformation, ou est-ce qu'un recours en annulation serait suffisant ?

Dans la mesure où le recours en annulation devant le juge administratif luxembourgeois permet un contrôle des questions de fait et de droit, un tel recours en annulation en présence d'une sanction administrative fixe peut être concevable.

En revanche, en présence d'une fourchette de sanctions, « [l]e respect de l'article 6 de la Convention suppose en effet que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 § 1 subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction (*Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro et Pfarmer c. Autriche*, arrêts du 23 octobre 1995, série A n° 328 A-C et 329 A-C, respectivement §§ 34, 37, 42, 39, 41 et 38). Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi (*Chevol c. France*, arrêt du 13 février 2003, § 77. »<sup>10</sup>

Dans un tel cas, il faudra prévoir un recours en réformation, permettant le réexamen de tous les aspects de la décision, en ce compris la modulation par le juge du taux de la peine.

---

<sup>10</sup> CEDH, arrêt *Silvester's Horeca Service c. Belgique* du 4 mars 2004, n° 47650/99, §§ 26 et s.

*12) Est-ce que la procédure contentieuse applicable devant les juridictions administratives devrait être la procédure de droit commun prévue par la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ou est-ce qu'une procédure plus rapide et simplifiée pourrait être prévue, à l'instar de celle ayant été prévue par la loi modifiée du 17 juillet 2020 sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 ?*

Il appartiendra au législateur d'apprécier l'opportunité d'opter pour l'une ou pour l'autre procédure.

En matière de contentieux administratif, le recours en appel contre les décisions du Tribunal administratif est de droit, en vertu de la loi modifiée du 21 mai 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives. Les dérogations doivent dès lors respecter les principes de proportionnalité et de l'égalité devant la loi. Une procédure simplifiée et plus rapide doit assurer le respect au droit à un recours effectif.

Il convient encore de relever que la suppression du double degré de juridiction dans le cadre d'une « procédure plus rapide et simplifiée » doit se faire dans le respect de l'article 2 du Protocole n°7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

*13) Est-ce que le recouvrement des amendes coulées en force de chose décidée ou jugée devrait être confié à l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA ?*

Il n'est pas inconcevable de confier le recouvrement des amendes « coulées en force de chose décidée ou jugée » à l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA, qui a d'ores et déjà la perception d'amendes administratives dans ses compétences. Il en va de même des amendes pénales, la question visant, aux yeux du Conseil d'État, les deux hypothèses.

*14) Est-ce que la loi devrait prévoir une période déterminée pendant laquelle elle est en vigueur, ou pourrait-elle prévoir une date fixe à laquelle elle cesse d'être en vigueur ?*

En principe, il revient au même de fixer une période déterminée pendant laquelle la loi est en vigueur ou de fixer une date à laquelle la loi cesse d'être en vigueur.

#### *Questions 15) à 39)*

Les questions 15 à 39 sont relatives à l'exécution d'une obligation vaccinale dans les secteurs de soins et de santé, pour certains professionnels de santé ainsi que dans les centres pénitentiaires, tout comme, selon la lecture du Conseil d'État, dans le centre de rétention. L'exécution et la sanction du non-respect d'une obligation vaccinale poseront nécessairement la question préalable de la proportionnalité de l'obligation vaccinale en tant que telle.

En ce qui concerne l'exécution d'une obligation vaccinale dans les secteurs de soins et de santé, pour certains professionnels de santé ainsi que dans les centres pénitentiaires, les questions soulevées s'apparentent à celles posées lors de l'introduction du régime « 3G » sur le lieu du travail. Il est

renvoyé aux avis récurrents émis par le Conseil d'État en la matière et plus particulièrement à ceux relatifs à la loi modifiée du 17 juillet 2020 sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 et relatifs aux diverses lois modificatives de la loi précitée du 17 juillet 2020.

*15) Est-ce que l'obligation des salariés, travailleurs indépendants et agents publics de présenter à leur arrivée sur leur lieu de travail, d'exercice de leur activité ou de prestations de service un certificat de vaccination ou de rétablissement en cours de validité se conçoit avec les principes constitutionnels de la protection de la vie privée et du droit au travail des personnes ?*

Cette question n'a pas trait à l'obligation vaccinale. Il s'agit d'une obligation de présenter un certificat de vaccination. Le Conseil d'État renvoie à ses avis récurrents dans le cadre des projets de loi COVID, dont il résulte que s'il existe une obligation légale justifiée et proportionnée, un tel certificat de vaccination peut être requis de la part des salariés.

*16) Est-ce que la conséquence découlant d'un refus ou de l'impossibilité de présenter l'un des certificats exigés par le salarié, l'agent public ou le travailleur indépendant à l'arrivée sur leur lieu de travail, d'exercice de leur activité ou de prestations de service, à savoir le refus d'accès au lieu de travail, constitue une ingérence proportionnée aux libertés individuelles des personnes, notamment au droit au travail ?*

Il est renvoyé aux observations formulées par le Conseil d'État dans son avis complémentaire n° 60.857 sur le projet de loi n° 7924, et notamment aux observations relatives à l'amendement gouvernemental 6 du 9 décembre 2021. À noter toutefois que contrairement au régime introduit par la loi du 16 décembre 2021<sup>11</sup> et adapté par la loi du 11 janvier 2022<sup>12</sup>, qui prévoyait

---

<sup>11</sup> Loi du 16 décembre 2021 portant modification :

- 1° de la loi modifiée du 17 juillet 2020 sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 ;
- 2° de la loi modifiée du 6 janvier 1995 relative à la distribution en gros des médicaments ;
- 3° de la loi modifiée du 20 juin 2020 portant 1° dérogation temporaire à certaines dispositions en matière de droit du travail en relation avec l'état de crise lié au Covid-19 ; 2° modification du Code du travail ;
- 4° de la loi modifiée du 24 juin 2020 portant introduction de mesures temporaires relatives à la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 et à la loi modifiée du 27 mars 2018 portant organisation de la sécurité civile dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 ;
- 5° de la loi modifiée du 24 juin 2020 portant introduction d'une mesure temporaire relative à l'application de l'article 12 de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 ;
- 6° de la loi modifiée du 24 juin 2020 concernant la célébration du mariage dans un édifice communal autre que la maison communale dans le cadre de la lutte contre la pandémie Covid-19 ;
- 7° de la loi du 24 juillet 2020 portant dérogation temporaire aux articles L. 524-1, L. 524-2, L. 524-5, L. 541-1 et L. 541-2 du Code du travail ;
- 8° de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant dérogation temporaire à l'article L. 121-6 du Code du travail ;
- 9° de la loi modifiée du 19 décembre 2020 ayant pour objet la mise en place d'une contribution temporaire de l'État aux coûts non couverts de certaines entreprises ;
- 10° de la loi modifiée du 19 décembre 2020 ayant pour objet la mise en place d'une nouvelle aide de relance ;
- 11° de la loi modifiée du 22 janvier 2021 portant : 1° modification des articles L. 234-51, L. 234-52 et L. 234-53 du Code du travail ; 2° dérogation temporaire aux dispositions des articles L. 234-51, L. 234-52 et L. 234-53 du Code du travail.

<sup>12</sup> Loi du 11 janvier 2022 portant modification de la loi modifiée du 17 juillet 2020 sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19.

un régime 3G obligatoire général pour le lieu du travail, il s'agirait ici d'un régime 1G, donc considérablement plus restrictif.

*17) Est-ce que l'obligation des salariés, travailleurs indépendants et agents publics, titulaires d'un certificat de contre-indication à la vaccination contre le Covid-19, de présenter à l'arrivée sur leur lieu de travail, d'exercice de leur activité ou de prestation de service le certificat de contre-indication à la vaccination en cours de validité et un certificat de test négatif réalisé sur place ou non peut être considéré comme une ingérence proportionnée dans les libertés individuelles des personnes, à savoir le droit à la protection de la vie privée et le droit au travail ?*

Il est encore renvoyé aux avis du Conseil d'État en la matière.<sup>13</sup>

*18) Est-ce que les personnes ayant la qualité de travailleurs indépendants, de prestataires externes ou de sous-traitants qui se voient refuser l'accès aux structures concernées (p.ex. : établissement hospitalier, centre de cure ou de rééducation, structure d'hébergement, etc.), faute de pouvoir présenter un des certificats exigés peuvent être sanctionnées ? Dans l'affirmative, est-ce que la sanction peut se référer aux dispositions des articles 1134 à 1135-1 et 1136 à 1155 du Code civil ? Peut-elle être considérée comme une sanction adéquate et justifiée ?*

Se pose tout d'abord la question de savoir ce qu'on entend par « sanction ». Une sanction pénale ou administrative pour non-présentation du certificat de vaccination lors de l'entrée aux structures visées n'est envisageable que si celle-ci est prévue par la loi et si elle répond notamment au principe de proportionnalité. Il est difficilement concevable qu'une personne se fasse sanctionner une nouvelle fois, le refus de l'accès aux structures concernées étant une mesure largement suffisante pour atteindre l'objectif voulu par le législateur, à savoir la protection des personnes vulnérables. Dans ce même contexte, se pose la question du respect du principe du *non bis in idem*.

Reste la question d'une possible sanction d'une autre nature à l'égard des travailleurs indépendants, prestataires externes et sous-traitants. Dans la mesure où les personnes visées ne se trouvent en principe pas dans une relation hiérarchique avec les structures auxquelles elles doivent normalement avoir accès pour exercer leurs activités, ces structures ne pourraient pas les sanctionner dans une optique disciplinaire.

Les seules conséquences dans la relation entre travailleur indépendant, prestataires externes ou sous-traitants d'un côté et structure concernée de l'autre côté se situent en principe au plan civil. Dans la mesure où la structure concernée se trouvera dans une relation contractuelle (prestations de services par exemple) avec le travailleur indépendant, le prestataire externe ou le sous-traitant, le droit civil des obligations trouvera à s'appliquer.

---

<sup>13</sup> Voir aussi l'arrêt récent du BVerfG du 27 avril 2022 (1BvR 2649/21 : Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Pflicht zum Nachweis einer Impfung gegen COVID-19 (sogenannte „einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht“): « Der Gesetzgeber hat im Rahmen des ihm zustehenden Einschätzungsspielraums einen angemessenen Ausgleich zwischen dem mit der Nachweispflicht verfolgten Schutz vulnerabler Menschen vor einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und den Grundrechtsbeeinträchtigungen gefunden. Trotz der hohen Eingriffsintensität müssen die grundrechtlich geschützten Interessen der im Gesundheits- und Pflegebereich tätigen Beschwerdeführenden letztlich zurücktreten. »

19) *Est-ce que la perte de plein droit de la rémunération correspondant aux heures de travail non prestées en ce qui concerne les salariés dans les cas dans lesquels ils n'ont pas présenté un des certificats exigés et n'ont pas eu recours aux jours de congé payé de récréation légaux ou conventionnels pour combler les journées d'absence y résultant, peut être considérée comme compatible avec le droit au travail ?*

Le fait pour un salarié de ne pas présenter un des certificats exigés par la loi pour accéder au lieu de travail peut, le cas échéant, être considéré comme un refus de travail du salarié, ce qui pourrait emporter la perte de la rémunération correspondant aux heures de travail non prestées. En ce qui concerne le recours aux jours de congé de récréation légaux afin de compenser les heures de travail non prestées, se pose la question de savoir si, en dehors d'une disposition légale en ce sens, l'employeur pourrait refuser le congé pour des raisons de besoins du service. Cette question a trouvé une réponse dans le cadre de la loi précitée du 17 juillet 2020, qui avait fait l'objet d'un avis complémentaire n° 60.857 sur le projet de loi n° 7924 et qui avait reçu la dispense du second vote constitutionnel de la part du Conseil d'État.

20) *Est-ce que la perte de plein droit de la rémunération à raison d'un trentième par journée d'absence entière ou entamée en ce qui concerne les agents publics dans les cas dans lesquels ils n'ont pas présenté un des certificats exigés et n'ont pas eu recours à leur congé de récréation pour combler les journées d'absence y résultant, peut être considérée comme compatible avec le droit au travail ?*

Il est renvoyé aux observations relatives à la question n° 19.

21) *Est-ce que la distinction de traitement entre les personnes pouvant présenter un des certificats exigés par rapport aux personnes qui ne sont pas dans la mesure à le faire peut se concevoir avec le principe de non-discrimination et le principe de l'égalité devant la loi ?*

Il est renvoyé aux avis du Conseil d'État en la matière.

22) *Est-ce que l'exclusion du dispositif du chômage partiel des salariés qui ne peuvent pas présenter un des certificats exigés est compatible avec le principe de non-discrimination et le principe de l'égalité devant la loi ?*

Il est renvoyé aux avis du Conseil d'État en la matière.

23) *Est-ce que la vérification d'identité effectuée par les gérants, personnes dirigeantes ou autres personnes responsables des structures concernées ou le chef d'administration, étant donné que la preuve d'identité peut se faire par tout document officiel, peut être considérée comme une vérification ne tombant pas sous l'application de l'article 45 du Code de procédure pénale ? Dans l'affirmative, est-ce que ce pouvoir de contrôle peut être confié aux gérants, personnes dirigeantes ou autres personnes responsables des structures concernées ou le chef d'administration ? Est-ce que cette vérification d'identité constitue une ingérence proportionnée dans les libertés individuelles des personnes, à savoir le droit à la protection de la vie privée ?*

En ce qui concerne la question de la vérification d'identité par les gérants, personnes dirigeantes ou autres personnes responsables des structures concernées ou le chef d'administration, il est renvoyé aux observations formulées par le Conseil d'État dans son avis complémentaire n° 60.857 sur le projet de loi n° 7924 en matière de vérification d'identité au lieu de travail, ainsi qu'aux observations exhaustives formulées dans le cadre de l'avis n° 60.857 sur le projet de loi n° 7924, et plus particulièrement relatives à l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi précité.

Comme relevé dans les avis précités, il ne s'agira pas d'un contrôle d'identité (article 45 du Code de procédure pénale), mais d'une vérification d'identité.

*24) Est-ce que (i) l'obligation de contrôler les conditions d'accès aux centres pénitentiaires et (ii) le non-respect de l'interdiction d'accès aux personnes ne remplissant pas les conditions d'accès aux centres pénitentiaires peuvent être assorties de sanctions à l'instar de celle ayant été prévue par la loi modifiée du 17 juillet 2020 sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 ? Dans l'affirmative, pourrait-il s'agir de sanctions de nature administrative, ou devrait-il s'agir de sanctions de nature pénale ?*

Les conditions d'accès aux centres pénitentiaires et le non-respect de celles-ci font déjà l'objet de dispositions légales et réglementaires et il est renvoyé à celles-ci.

*25 à 27) Est-ce que l'accès aux centres pénitentiaires pourrait être limité aux personnes pouvant établir qu'elles ont respecté l'obligation vaccinale, si tant est qu'elles y sont soumises de par la loi et ne font pas partie des personnes exemptées de l'obligation aux termes de la loi ?*

*Est-ce que l'accès aux centres pénitentiaires pourrait être soumis à l'obligation que les personnes souhaitant y accéder peuvent établir qu'elles ont été testées négativement au virus du Covid-19, et cela même à l'égard des personnes qui ne sont pas soumises à l'obligation vaccinale ?*

*Est-ce que l'accès aux centres pénitentiaires pour les personnes soumises à l'obligation vaccinale pourrait être soumis à une obligation alternative, soit qu'elles peuvent établir qu'elles ont respecté l'obligation vaccinale, soit qu'elles peuvent établir qu'elles ont été testées négativement au virus du Covid-19 ?*

Il appartiendra au législateur d'apprécier l'opportunité des limites et restrictions d'accès aux centres pénitentiaires au regard de certains groupes de personnes dans le respect des principes de proportionnalité et de l'égalité devant la loi, sachant que plusieurs droits et libertés de l'individu entrent en jeu en matière de privation de liberté.

*28) Est-ce que les représentants des institutions visées à l'article 24 de la loi du 20 juillet 2018 portant réforme de l'administration pénitentiaire pourraient ou devraient être exemptées de l'obligation d'établir qu'elles ont respecté l'obligation vaccinale, même si elles y étaient soumises ? Dans l'affirmative, de quelles institutions devrait-il s'agir au moins ?*

Le législateur peut déroger à la règle de l'article 24 de la loi du 20 juillet 2018 portant réforme de l'administration pénitentiaire en adoptant une

disposition spéciale dans le respect des principes de proportionnalité et de l'égalité devant la loi.

*29 et 30) Dans l'hypothèse de l'introduction d'une obligation vaccinale dans les secteurs des soins et de santé, pour certains professionnels de santé, ainsi que dans les centres pénitentiaires, est-ce que cette obligation légale peut être pourvue d'une sanction en cas de non-respect de cette obligation ?*

*Dans l'affirmative, est-ce que cette sanction devrait être de nature pénale ou administrative ?*

Il est concevable de prévoir une sanction (administrative ou pénale) en cas de non-respect de l'obligation vaccinale dans les secteurs de soins et de santé. Sous réserve des principes de proportionnalité et de l'égalité devant la loi, il incombera au législateur d'apprécier l'opportunité d'une telle sanction.

Pour ce qui est des personnes au-dessus de cinquante ans qui travaillent dans les secteurs de santé, il est renvoyé aux développements relatifs à la question n° 18 en ce qui concerne la double incrimination.

*31) Dans l'hypothèse d'une sanction de nature pénale, est-ce que cette sanction pourrait prévoir une privation de liberté (peine d'emprisonnement), ou est-ce qu'elle devrait se limiter à des sanctions pénales non-privatives de liberté ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 3.

*32) Dans l'hypothèse d'une sanction de nature administrative, devrait-elle se limiter à une amende administrative, ou pourrait-elle comporter également d'autres sanctions, comme par exemple des interdictions temporaires d'accès à des lieux ou des services publics, etc. ?*

De telles sanctions accessoires risquent d'entrer en conflit avec les principes de proportionnalité et de l'égalité devant la loi.

En ce qui concerne plus particulièrement l'accès aux services publics, il est renvoyé aux développements formulés dans le cadre de la réponse à la question n° 4 ainsi qu'aux avis du Conseil d'État y cités.

*33) Dans l'hypothèse d'une sanction se limitant à une amende administrative, est-ce que cette dernière pourrait prévoir un montant fixe, ou devrait-elle prévoir un montant maximal et un montant minimal, à l'instar des amendes pénales ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 5.

*34) Quels pourraient être le montant fixe respectivement les montants minimal et maximal de l'amende administrative pour respecter le principe de la proportionnalité entre le fait punissable et la sanction ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 6.

*35) Dans l'hypothèse d'une sanction se limitant à une amende administrative, est-ce que le pouvoir de prononcer cette sanction doit-il être*

*confié à un ministre, ou pourrait-il également être confié à un directeur d'une administration ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 7.

*36) Dans l'hypothèse d'une amende administrative, est-ce que le recours à prévoir devant les juridictions administratives devrait être un recours en reformation, ou est-ce qu'un recours en annulation serait suffisant ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 11.

*37) Est-ce que la procédure contentieuse applicable devant les juridictions administratives devrait être la procédure de droit commun prévue par la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ou est-ce qu'une procédure plus rapide et simplifiée pourrait être prévue, à l'instar de celle ayant été prévue par la loi modifiée du 17 juillet 2020 sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19 ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 12.

*38) Est-ce que le recouvrement des amendes coulées en force de chose décidée ou jugée devrait être confié à l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 13.

*39) Est-ce que la loi devrait prévoir une période déterminée pendant laquelle elle est en vigueur, ou pourrait-elle prévoir une date fixe à laquelle elle cesse d'être en vigueur ?*

Il est renvoyé à la réponse à la question n° 14.

*40) Est-ce que la loi doit expressément préciser les destinataires auxquelles les données à caractère personnel peuvent être communiquées pour que la communication desdites données à un destinataire éventuel puisse être considérée comme licite au sens du règlement (UE) 2016/679, en particulier l'article 6, paragraphe 3 dudit règlement ?*

Il est nécessaire de préciser dans la loi les destinataires des données à caractère personnel, étant donné que la communication de ces données à des personnes tierces relève d'une matière réservée à la loi (article 11, paragraphe 3, de la Constitution).

*41) Les données à caractère personnel collectées et traitées dans le cadre de la mise en œuvre d'une loi peuvent-elles être traitées ultérieurement à des fins de recherche scientifique en application de l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, point b) du règlement (UE) 2016/679 ou faut-il, nonobstant la compatibilité aux termes du règlement (UE) 2016/679, que la loi autorise expressément ledit traitement ultérieur des données à caractère personnel pour ces finalités ?*

En principe, une loi n'est pas nécessaire, étant donné que le 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 est d'application directe et obligatoire pour ce qui est de ses différentes dispositions.

*42) La conservation généralisée des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la mise en œuvre d'une loi, pendant une période de 3 mois qui commence à courir à partir du jour où ladite loi cesse d'être en vigueur, est-elle conforme au principe de la limitation de la conservation énoncé à l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, point e) du règlement (UE) 2016/679 ?*

Un délai de trois mois est concevable s'il peut être justifié au regard de la nécessité de conservation des différentes données à caractère personnel concernées et des finalités poursuivies par la conservation.

Il convient toutefois de relever qu'il y aura lieu de vérifier les délais de conservation, d'anonymisation ou de pseudonymisation des données à caractère personnel au regard de la loi précitée du 17 juillet 2020. Se posera, à cet égard, la question si les personnes soumises à une vaccination obligatoire seront également répertoriées dans les fichiers prévus dans cette loi. Pour le cas où les personnes seraient répertoriées dans les deux fichiers, il serait nécessaire d'indiquer la finalité du nouveau traitement de données à caractère personnel. Pour le cas où ces personnes ne seraient plus répertoriées dans le fichier prévu par la loi précitée du 17 juillet 2020, il est indispensable d'harmoniser les délais de conservation, surtout au regard de l'objectif poursuivi. Il faudrait, par ailleurs, veiller à la compatibilité d'une nouvelle disposition avec celles de la loi précitée du 17 juillet 2020, au regard des délais de conservation à prévoir. Cette loi prévoit en effet une anonymisation de certaines données à caractère personnel des personnes vaccinées après vingt ans. Dans son rapport du 24 décembre 2020 sur le projet de loi n° 7738, la Commission de la santé et des sports avait répondu à l'interrogation du Conseil d'État que la durée de conservation de vingt ans s'expliquait « par la volonté de protéger les intérêts de la personne vaccinée ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 27 septembre 2022.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Christophe Schiltz