

**Audition devant la Commission des lois du Sénat sur le projet
de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire.**

Propos liminaire de Marie-Laure Denis, présidente de la CNIL

Mercredi 21 juillet 2021

Seul le prononcé fait foi

Monsieur le rapporteur,
Mesdames les sénatrices,
Messieurs les sénateurs,

Je vous remercie d'avoir sollicité la position de la CNIL sur le projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire. Je vais essayer, après avoir échangé trop brièvement avec le collège, qui juridiquement n'avait pas obligatoirement à être sollicité par le gouvernement sur ce projet de loi et ne l'a pas été en raison des délais d'adoption du texte, de vous restituer ses principaux messages.

Mon propos s'inscrit dans le prolongement des deux avis que le collège a déjà rendus les 12 mai et 7 juin derniers tant sur le principe du passe que sur ses modalités d'application. Il concernera également les dispositions de l'article 3 du projet de loi prévoyant une modification du fichier SI-DEP dédié au dépistage de la population, sur lequel la CNIL s'est prononcée à

de multiples reprises. En revanche, je n'ai pas prévu d'évoquer les autres dispositions du projet de loi qui ne relèvent pas directement du champ de compétence de la CNIL.

Je me présente aujourd'hui devant votre commission avec davantage de questions que de réponses. Je le fais avec d'autant plus d'humilité que l'institution d'un passe sanitaire pose, certes, des problématiques de vie privée et de protection des données à caractère personnel mais porte, plus globalement, atteinte à d'autres libertés et droits fondamentaux que la CNIL n'a pas pour vocation première de protéger : la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre, l'égalité de traitement des personnes ou encore la liberté de consentir à un traitement médical ou à subir un acte médical.

Je voudrais néanmoins donner à mon propos une certaine solennité car ce qui est proposé dans ce projet de loi est inédit : conditionner l'accès à de nombreux lieux, établissements, événements ou moyens de transport à la justification de son état de santé. Le passe sanitaire était initialement limité aux seuls déplacements hors de la métropole ou à l'étranger et aux événements les plus à risques en raison du grand nombre de personnes présentes : plus de 1000. Il excluait les lieux des activités quotidiennes. L'extension envisagée aujourd'hui bouscule l'équilibre qui venait d'être choisi et mis en œuvre.

Les lieux ou services qu'il est prévu d'inclure dans le passe sont, de ce point de vue, des lieux de la vie courante et ne relèvent pas tous du loisir : prendre le train n'est pas toujours un choix ; déjeuner dans un restaurant peut être un loisir mais aussi une nécessité dans un cadre professionnel ou lors d'un déplacement. Certains de nos concitoyens vont donc, tous les jours et parfois plusieurs fois par jour, être soumis à l'obligation de

présenter une sorte de sauf-conduit, avec une forme de contrôle d'identité induit, pour des actes de la vie courante. En outre, dans certaines configurations ou pour certaines personnes, notamment pour celles dont l'accès aux lieux de travail est subordonné à la présentation d'un passe sanitaire, l'incitation à la vaccination, quoique non obligatoire, sera particulièrement forte.

C'est pourquoi je voudrais insister sur trois points : premièrement, l'extension du passe sanitaire n'est pas qu'une question sanitaire, c'est aussi une question éthique ; deuxièmement, les contours de cette extension me semblent pouvoir être discutés ; enfin, j'évoquerai les garanties à apporter au dispositif.

1. La dimension éthique de cette extension

L'extension proposée du passe sanitaire dépasse l'enjeu sanitaire ; c'est un choix que nous devons faire collectivement des armes que nous acceptons, ou pas, de prendre pour combattre une pandémie. Comme l'a relevé le collège de la CNIL dans ses précédents avis, l'institution d'un contrôle sanitaire à l'entrée de certains lieux ou moyens de transport questionne la frontière raisonnable à établir entre ce qui relève de la responsabilité individuelle et ce qui relève du contrôle social.

En général, lorsqu'un vaccin non obligatoire est disponible, il revient aux personnes, notamment celles les plus vulnérables à la maladie, de faire un choix individuel et sans conséquences en termes de contraintes sur leur mode de vie quotidien. Pour quelle raison est-il nécessaire de s'affranchir de ce schéma classique ? C'est principalement, je crois, parce qu'une insuffisante couverture vaccinale est susceptible de déborder à nouveau notre système de santé, déjà soumis à rude épreuve. Ce qui a, d'ailleurs, des conséquences sur l'accès à la santé pour tous nos concitoyens. La progression significative du nombre de contaminations ces derniers jours,

le nouvel emballement de l'épidémie, semblent d'ailleurs rendre nécessaire de réagir vite et fort. Mais la question est de savoir si on a l'assurance suffisante que le passe sanitaire nous apporte un gain supplémentaire dans la lutte contre le virus, et un gain qui soit suffisant pour le justifier ?

Il faut, enfin, prêter une attention particulière à l'effet de cliquet d'une telle mesure. Il y a un risque certain d'accoutumance à de tels dispositifs de contrôle numérique, de banalisation de gestes attentatoires à la vie privée, de glissement, à l'avenir et potentiellement pour d'autres considérations que la seule protection de la santé publique ici recherchée dans un contexte exceptionnel, vers une société où de tels contrôles seraient la norme et non l'exception.

Il me semble donc important d'alerter sur le risque de créer un phénomène d'accoutumance préjudiciable qui pourrait conduire, demain dans un tout autre contexte sanitaire, à justifier qu'on ait recours à un dispositif de contrôle numérique analogue pour contrer toute épidémie particulièrement contagieuse. A partir de combien de morts devra-t-on se poser la question de franchir le pas alors que la tolérance de la société au risque diminue ? Si, malheureusement, nous devons vivre encore plusieurs années avec des variants successifs du coronavirus, le passe sanitaire a-t-il vocation à être prolongé de trimestre en semestre ou y renoncerons-nous pour affronter la crise en maintenant des conditions de vie plus normales, malgré l'impact sanitaire ?

Je vais maintenant développer cinq remarques, plus précises, sur certains aspects du dispositif.

2. Le nouveau périmètre du passe sanitaire doit reposer sur une démonstration de son utilité au regard des objectifs poursuivis

L'atteinte portée aux libertés et droits fondamentaux, du fait de l'élargissement du passe sanitaire, ne peut être admise que si le Gouvernement est en mesure de démontrer qu'en l'état des informations dont il dispose, il existe des éléments suffisants pour avoir l'assurance qu'une telle extension est nécessaire à la bonne gestion de la crise. L'appréciation de la proportionnalité du passe sanitaire dépend d'une série d'éléments et je voudrais évoquer avec vous certains paramètres qui doivent, selon moi, être murement pesés dans le débat parlementaire.

D'abord, il peut sembler utile de relever que, dans l'appréciation de cette proportionnalité, le caractère gratuit des tests est un des éléments à prendre en compte puisque la possibilité d'accéder à certains lieux ou moyens de transport sans être vacciné ne sera pas du tout la même selon que les tests seront gratuits ou onéreux.

Ma deuxième remarque concernera les lieux et déplacements concernés. Tout d'abord, comme la Commission l'a rappelé dans ses avis précédents, les lieux liés à certaines manifestations habituelles de libertés fondamentales ne doivent pas être concernés (cultes, liberté politique et syndicale). Je note que c'est bien le cas en l'espèce. En revanche, je constate que le dispositif est étendu à beaucoup de lieux touchant la vie quotidienne alors qu'une telle exclusion permettrait de limiter les atteintes aux droits des personnes.

L'appréciation de la nécessité du dispositif doit tenir compte des autres mesures mises en place pour réduire les risques de transmission et de contamination dans chacun de ces lieux : port du masque, distanciation, capacité d'accueil et, le cas échéant, jauge. On peut s'interroger sur

l'opportunité d'opérer une distinction entre les bars et les restaurants, où le respect des mesures barrières et notamment du port du masque est impraticable, et les autres lieux tels que les cinémas, le train, etc. Si j'observe que le projet de texte, tel qu' issu de la consultation du Conseil d'État, prévoit certaines exceptions (restauration collective, restauration professionnelle routière, certains centres commerciaux), je relève surtout qu'il précise désormais que l'obligation de présentation du passe sanitaire est rendue applicable dans les lieux visés « lorsque la gravité des risques de contamination en lien avec l'exercice des activités qui y sont pratiquées le justifie, au regard notamment de la densité de population observée ou prévue ». C'est en réalité ce dernier point qui doit constituer la grille d'analyse afin que soient précisés, dans la loi, les lieux pour lesquels, parmi ceux listés dans le projet de texte, il serait nécessaire d'imposer un tel dispositif : si on venait à considérer que cela se justifie pour les salles de restaurants, il est possible de s'interroger, par exemple, sur la pertinence d'imposer le passe sanitaire pour aller déjeuner en terrasse.

Ma troisième remarque est relative à certaines catégories de personnes concernées par le dispositif. Pour les salariés, cela impliquera dans certain cas, en droit ou en pratique, d'interdire l'accès à leurs lieux de travail aux personnes non-vaccinés avec des conséquences très impactantes (interruption du versement de la rémunération, perte potentielle de leur emploi), ce qui justifie un examen particulièrement rigoureux.

Au surplus, une telle divulgation de données de santé à l'employeur pose des questions en matière de respect de la vie privée des salariés, d'une part, et, entraîne des risques en matière de protection des données à caractère personnel, d'autre part. Sur ce point, je constate que le projet de loi prévoit que les salariés peuvent autoriser leur employeur à conserver le « justificatif de statut vaccinal » afin probablement d'éviter des contrôles

quotidiens à l'entrée des locaux professionnels. Il me semble nécessaire de resserrer cette rédaction afin de s'assurer que l'employeur ne puisse conserver, après vérification du justificatif, que l'information relative au statut vaccinal de ces employés et non les justificatifs, qui révèlent davantage d'informations (il est, par exemple, possible d'en déduire la présence de comorbidités en fonction de l'âge et de la date de vaccination).

Pour les mineurs, pour les plus jeunes, dont le Conseil d'État a rappelé dans son avis qu'ils sont dans une situation différente par rapport aux personnes plus âgées, est-il proportionné à l'objectif recherché de les inclure dans le dispositif ? L'extension du passe sanitaire a pour effet d'inciter les personnes réticentes à se faire vacciner, ce qui doit soulager notre système de santé d'un afflux de personnes contaminées notamment par les nouveaux variants du virus. Cet objectif nécessite-t-il d'inclure les plus jeunes, à partir de 12 ans, alors que, même s'ils sont potentiellement des vecteurs de contamination auprès d'une population adulte qui sera de plus en plus vaccinée, ce sont eux qui développent le moins de formes graves de la maladie ?

Je voudrais aussi évoquer le cas particulier des personnes qui ne sont pas en mesure de se faire vacciner en raison de contre-indications (les patients allergiques à l'un des composants du vaccin notamment) et qui sont susceptibles d'être contraintes de réaliser des tests PCR ou antigéniques de manière fréquente alors que ces tests pourraient devenir payants à l'automne prochain. Ne faudrait-il pas prévoir, pour ces personnes susceptibles d'avoir des contre-indications médicales à la vaccination, des aménagements à l'obligation de détention d'un passe sanitaire pour l'accès aux lieux concernés ?

La CNIL estime que la résolution de l'ensemble de ces problématiques est une condition nécessaire à la mise en œuvre du dispositif envisagé, compte tenu des conséquences importantes pour la vie quotidienne de ces personnes.

Ma quatrième remarque concerne les modalités de contrôle : ce qui est envisagé n'est pas uniquement un contrôle par l'État et les forces de l'ordre, limité à leurs moyens d'action, mais une obligation pour toutes les entreprises concernées de procéder à des contrôles du passe sanitaire, ce qui implique d'ailleurs nécessairement une forme de contrôle d'identité par l'entreprise ou, ce qui aurait ma préférence, par les services de police comme vient de l'évoquer le Premier ministre il y a quelques heures. En tout état de cause, l'extension envisagée du passe sanitaire va avoir pour conséquence de multiplier de façon considérable les contrôles d'identité et de données de santé, déployés chaque jour sur l'ensemble du territoire. C'est un élément inédit, à prendre en compte dans l'appréciation de la proportionnalité du dispositif.

Outre la question de savoir « qui contrôle ? », se pose aussi la question de la façon dont sera concrètement vérifié que le porteur du passe a bien l'identité qu'il prétend avoir. La vérification doit rester proportionnée à la réalité des risques. La CNIL a déjà souligné que, lorsqu'une activité est conditionnée à la présentation d'un billet nominatif, comme cela peut-être le cas pour certains déplacements de longue distance en train, et qu'un contrôle d'identité n'est en principe pas pratiqué habituellement lorsqu'il n'y a pas de passe sanitaire, la présentation du passe devrait pouvoir se faire par la seule comparaison du billet et du passe. Il s'agit d'un sujet éminemment sensible qui semble justifier que la loi vienne encadrer de tels contrôles et en prévoir les modalités.

Enfin, je voudrais insister sur le fait que depuis le début de l'épidémie, des instruments sont ajoutés aux instruments précédents, des dispositifs aux dispositifs précédents. Il est désormais temps de procéder à une évaluation précise de la contribution de chacun d'eux à l'objectif de rétablissement de la situation sanitaire : gestes barrières, obligation de port du masque, télétravail sanitaire, un système d'enquêtes sanitaires d'une puissance inédite, s'appuyant sur les fichiers Contact Covid, SI-DEP et l'application TousAntiCovid, une campagne vaccinale elle aussi inédite, s'appuyant sur un fichier centralisé de vaccination (SI-VACCIN) ainsi que les cahiers de rappel réinstaurés depuis quelques semaines maintenant.

Nous venons de mettre en place le système du passe sanitaire pour les grands rassemblements de personnes et certains déplacements en dehors de la métropole. N'y a-t-il pas lieu de revenir sur certains des instruments déjà déployés si l'on généralise le passe sanitaire ? Faut-il, par exemple, maintenir le système de cahier de rappel (numérique et papier) dans les restaurants s'ils sont soumis au passe sanitaire, alors que son utilité deviendrait, logiquement, assez résiduelle puisque les restaurants ne devraient être fréquentés que par des personnes vaccinées, immunisées ou testées négatives ?

A cet égard, la CNIL avait précisé, dans son avis du 12 mai 2021, que l'impact des différents dispositifs numériques sur la stratégie sanitaire globale doit être étudié et documenté de manière fréquente, à intervalles réguliers et à partir de données objectives. La CNIL le rappelle fréquemment, de même que le Parlement d'ailleurs qui avait inscrit dans la loi la nécessité d'un bilan. Cela devient une exigence impérieuse avec un nouveau projet de passe sanitaire envisagé quelques semaines seulement après la création du précédent et sans que soient connus et documentés les carences du dispositif actuel ou les avantages comparatifs de son extension. La loi pourrait prévoir le principe d'une évaluation rigoureuse

et scientifique, d'ici l'automne ou au plus tard d'ici la fin de l'année, de ces différents fichiers et dispositifs, dont certains ont plus d'un an, afin de pouvoir toiletter l'ensemble.

3. Un renforcement nécessaire des garanties

Les garanties déjà prévues par le parlement doivent être maintenues. En premier lieu, il est nécessaire de s'assurer du caractère temporaire du dispositif, garantie essentielle contre le risque de créer un phénomène d'accoutumance susceptible de porter atteinte au bon fonctionnement de notre société démocratique. En outre, il faut s'interroger sur le caractère praticable d'une entrée en vigueur quasi immédiate pour certaines des dispositions du texte : selon les obligations, des modalités d'entrée en vigueur plus étalées pourraient être envisagées.

En deuxième lieu, la CNIL rappelle la nécessité de s'assurer que les personnes habilitées à contrôler le passe sanitaire n'aient qu'un accès très limité aux données à caractère personnel contenues dans les QR-Codes. Lorsque cela est possible, il est préférable que les personnes qui contrôlent le passe utilisent un outil numérique qui vérifie que celui-ci est conforme aux exigences applicables, mais n'aient accès qu'au résultat de la vérifications et aux données d'identité. Il ne faut prévoir qu'il n'en va autrement que si c'est réellement nécessaire et le temps de développer de tels outils.

En troisième lieu, il est essentiel de maintenir une interdiction de conserver les données à l'issue du processus de vérification afin, notamment, que ces données ne puissent être réutilisées à aucune autre fin. Ce qui n'empêche pas de conserver le résultat de la vérification (l'information globale sur le caractère valide ou non du justificatif) le

temps nécessaire, par exemple pour embarquer dans le cadre de déplacements à l'étranger.

En dernier lieu, j'insisterai sur la nécessité de respecter le choix de chacun quant à l'utilisation d'une solution numérique ou papier afin d'assurer un accès égal à tous aux lieux de la vie quotidienne, alors qu'une personne sur cinq environ ne dispose pas d'équipements mobiles adéquats ou peut éprouver des difficultés pour utiliser un dispositif numérique.

Le Gouvernement devra renforcer significativement ses efforts de pédagogie à l'égard des professionnels et des personnes concernées au regard de la complexité du dispositif envisagé (calendrier de mise en œuvre en fonction des personnes concernées, lieux concernés ou non, etc.).

4. L'article 3 du projet de loi modifie la nature du fichier SI-DEP

Je terminerai en évoquant brièvement un autre sujet. L'article 3 du projet de loi prévoit que la communication du résultat positif d'un examen de dépistage emporte, de plein droit, une mesure de placement en isolement pour une durée de dix jours dans le lieu d'hébergement déclaré lors de l'examen. L'examen de la proportionnalité de cette mesure et de son caractère systématique ne relève pas de l'office de la CNIL.

En revanche, l'article 3 du projet de loi vient compléter les finalités du système d'information « SI-DEP » dédié au dépistage de la population ainsi que les personnes ayant accès à ce fichier pour permettre le contrôle des mesures de quarantaine et d'isolement notamment par les agents de police judiciaire et les agents de contrôle mentionnés à l'article L. 3136-1 du Code de la santé publique.

À cet égard, permettez-moi de rappeler que l'article 11 de la loi de mai 2020 prévoit aujourd'hui une dérogation au principe du secret médical pour une

finalité uniquement sanitaire (amélioration de la prise en charge sanitaire et enquêtes sanitaires) par des professionnels de santé ou personnes exerçant leurs fonctions auprès d'organismes avec des missions sanitaires. C'est la philosophie même du traitement de données qui s'en trouve modifiée. Le projet de loi modifie substantiellement la nature du fichier qui est un fichier sanitaire et non un fichier de contrôle du respect de ces mesures.

Dans l'hypothèse où la nécessité d'un tel traitement serait démontrée, la CNIL s'interroge sur la nécessité de créer un fichier distinct ou de réfléchir à des modalités permettant de cloisonner hermétiquement ces traitements de nature très différente, afin que les services préfectoraux n'aient pas accès à l'ensemble des données que peut consulter le médecin ou l'enquêteur sanitaire.

Il me faut conclure. J'ai conscience que j'ai posé davantage de questions que je n'ai apporté de réponses. Que faire ?

Une option serait de ne pas franchir ce pas ; de choisir de ne pas lutter contre l'épidémie avec de tels moyens. Cette position aurait sans doute fait consensus au début de l'épidémie. Mais voici plus d'un an que nous sommes engagés dans un combat qui se prolonge face à la mutation continue du virus et le recours à des dispositifs plus contraignants et plus intrusifs peut être envisagé, en raison de la disponibilité et de la gratuité des vaccins et parce que l'absence de maîtrise de l'épidémie est, elle aussi, susceptible d'affecter grandement la liberté d'aller et venir et la liberté d'entreprendre. Ce choix relève de la représentation nationale, sous le contrôle du Conseil constitutionnel.

L'atteinte portée aux libertés et droits fondamentaux par l'élargissement du passe sanitaire est particulièrement forte. Elle ne peut être admise que si l'État peut démontrer que le surplus d'efficacité qu'apporte le passe sanitaire, par rapport à tout ce qui est déjà fait, apparaît nécessaire à la bonne gestion de la crise.

Si tel est le cas, vous l'aurez compris, je ne dis pas qu'il ne faut pas agir mais je me permets de vous inviter à trouver, à travers les mots par lesquels la loi décrirait les conditions et les modalités d'un tel passe sanitaire, le moyen de circonscrire la décision que vous prendrez au caractère tout à fait exceptionnel des circonstances. Le passe sanitaire ainsi étendu ne doit pas enrichir la palette des instruments habituels de lutte contre les crises sanitaires : c'est une mesure à n'utiliser que lorsque, dans une crise sanitaire d'ampleur exceptionnelle, on acquiert la conviction, alors qu'un vaccin est disponible, que c'est la seule façon d'éviter une mesure de confinement radicale ou une obligation générale de vaccination.