

CONSEIL D'ETAT

Commission permanente

Séance du mardi 9 juin 2020

N° 400322

**EXTRAIT DU REGISTRE DES
DELIBERATIONS**

AVIS SUR UN PROJET DE LOI

organisant la fin de l'état d'urgence sanitaire

NOR : PRMX2013758L

1. Le Conseil d'État a été saisi le 5 juin 2020 d'un projet de loi organisant la fin l'état d'urgence sanitaire.

Ce projet comporte deux articles: le premier crée un régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire applicable dans les quatre mois suivant la fin de celui-ci ou en cas de résurgence de la catastrophe sanitaire ayant donné lieu à la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire dans l'année précédente; le second prolonge la durée de conservation de certaines données collectées par les systèmes d'information mis en œuvre aux fins de lutter contre l'épidémie de covid-19.

2. L'étude d'impact du projet répond globalement, dans les circonstances de la crise sanitaire et de l'urgence dans laquelle elle a été réalisée, aux exigences de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

Sortie de l'état d'urgence

3. La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 a créé, pour faire face à l'épidémie de covid-19, dans le titre III du livre I^{er} de la troisième partie du code de la santé publique, un chapitre I^{er} bis relatif à l'état d'urgence sanitaire, qui peut être déclaré en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population. La déclaration permet au Premier ministre, au ministre de la santé et, s'ils y sont habilités, aux préfets, de prendre les mesures nécessaires aux seules fins de garantir la santé publique. Ces mesures peuvent notamment restreindre ou interdire la circulation des personnes et des véhicules, interdire aux personnes de sortir de leur domicile, ordonner la mise en quarantaine des personnes susceptibles d'être affectées, ordonner la mise à l'isolement des personnes affectées, ordonner la fermeture provisoire de catégories d'établissements recevant du public, ou encore réquisitionner des biens et des services. Ces mesures doivent être strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu.

Selon l'article L. 3131-13 du code de la santé publique, l'état d'urgence est déclaré par décret en conseil des ministres sur proposition du ministre de la santé. Sa prorogation au-delà d'un mois ne peut être autorisée que par la loi, après avis du comité de scientifiques prévu à l'article L. 3131-19.

L'état d'urgence sanitaire a été déclaré pour une durée de deux mois sur l'ensemble du territoire national par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020, soit jusqu'au 23 mai 2020 à minuit.

La loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions a prorogé l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020 inclus.

4. Le projet de loi proposé par le Gouvernement définit un régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire destiné à prendre la suite de l'état d'urgence sanitaire à compter du 11 juillet prochain. Dans la limite d'une période de quatre mois suivant la fin de l'état d'urgence sanitaire, ou en cas de résurgence de la catastrophe sanitaire ayant donné lieu à la mise en œuvre de l'état d'urgence dans l'année précédente, constatée par le comité de scientifiques prévu à l'article L. 3131-19, il permet au Premier ministre de :

- réglementer ou interdire la circulation des personnes et des véhicules et réglementer l'accès aux moyens de transport et les conditions de leur usage ;
- ordonner la fermeture provisoire et réglementer l'ouverture, y compris les conditions d'accès et de présence, d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion, en garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité ;
- limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique ainsi que les réunions de toute nature.

Ces dispositions sont les mêmes que celles figurant aux 1°, 5° et 6° de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique relatif à l'état d'urgence sanitaire et peuvent être mises en œuvre dans les mêmes conditions. La mise en quarantaine et la mise à l'isolement restent mobilisables sur le fondement de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique.

Le projet permet également au ministre chargé de la santé, par arrêté motivé, de prescrire toute mesure individuelle nécessaire à l'application des mesures prescrites par le Premier ministre. Les représentants de l'Etat peuvent être habilités pour prendre toutes les mesures générales ou individuelles d'application de ces mesures ou, si les mesures doivent s'appliquer dans un champ géographique qui n'excède pas le territoire d'un département, à les décider eux-mêmes.

Les dispositions du projet modifiant le code de la santé publique s'insèrent dans le chapitre Ier bis du titre III du livre I^{er} de la troisième partie de ce code. Elles sont en conséquence applicables jusqu'au 1er avril 2021, conformément à l'article 7 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020.

Sur l'insertion des dispositions dans le code de la santé publique

5. Le régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire créé par le projet de loi se présente comme permanent. Le Conseil d'Etat constate que ce dispositif est en réalité lié à l'état d'urgence sanitaire déclaré pour faire face à l'épidémie de covid-19 par l'article 4 de la loi

n° 2020-290 du 23 mars 2020 et prorogé par l'article 1^{er} de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020, et que les mesures et la durée de celles-ci ont été conçues pour répondre aux nécessités propres à cette épidémie. Il souligne qu'appliqué à d'autres catastrophes sanitaires donnant lieu à déclaration de l'état d'urgence sanitaire, un tel dispositif risquerait d'être inadapté, en raison tant de la diversité des causes possibles de catastrophes que de la nature des mesures susceptibles de les juguler. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat estime que le régime de sortie de l'état d'urgence proposé par le texte, conçu et adapté, dans ses mesures comme dans sa temporalité, aux seuls besoins de la gestion de la fin de la crise provoquée par le covid-19 ne constitue pas un régime permanent mais s'applique exclusivement à l'état d'urgence déclaré le 23 mars 2020 et prorogé le 11 mai 2020. Par voie de conséquence, il propose de ne pas codifier les dispositions du projet de loi dans le code de la santé publique.

Sur le régime applicable dans les quatre mois suivant la fin de l'état d'urgence

6. Le Conseil d'Etat observe que si la situation sanitaire est en voie de nette amélioration, son évolution reste incertaine ainsi que l'a relevé le comité scientifique, saisi par le gouvernement sur le projet de loi, dans son avis du 8 juin. Il estime en conséquence que les dispositions du projet, en permettant pendant une période limitée et à titre transitoire de conserver certains des instruments réglementaires que le gouvernement estime adaptés aux éventuels risques sanitaires à venir, tout en actant la fin de l'état d'urgence au 10 juillet, sont de nature à répondre aux nécessités de sortir de manière prudente, graduée et contrôlée du régime mis en place pour faire face à l'état d'urgence sanitaire, ainsi que l'a recommandé le comité de scientifiques.

Dans le contexte de recul de l'épidémie et de reprise progressive des activités, ce dispositif apparaît mieux proportionné que ne le serait une nouvelle prorogation de l'état d'urgence pour quelques mois. Par ailleurs l'article L. 3131-1 du code de la santé publique relatif aux pouvoirs propres du ministre de la santé en cas de menace sanitaire ne donnerait pas aux mesures envisagées par le Gouvernement une base légale suffisamment solide dans le contexte d'une sortie de crise.

Le Conseil d'Etat relève que, selon le projet, les mesures qu'il prévoit devront être strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu, qu'il devra y être est mis fin sans délai lorsqu'elles ne seront plus nécessaires et que les mesures individuelles feront l'objet d'une information sans délai du procureur de la République territorialement compétent.

Il rappelle que le juge administratif, lorsqu'il est saisi de telles mesures, veille à leur caractère nécessaire, adapté et proportionné aux risques sanitaires encourus.

Sur le traitement d'une résurgence de la catastrophe sanitaire

7. Le Conseil d'Etat propose de ne pas retenir les dispositions du projet qui attribuent les mêmes pouvoirs au Premier ministre en cas de « *résurgence de la catastrophe sanitaire ayant donné lieu à la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire* » au cours de la période courant du 11 novembre 2020 au 1^{er} avril 2021. Le terme de résurgence est en effet imprécis et, s'il doit être entendu comme couvrant l'hypothèse d'un rebond de l'épidémie au niveau national, les dispositions du code de la santé publique relatives à la menace sanitaire prévues aux articles L. 3131-1 et suivants pourraient être activées. Si celles-ci s'avéraient insuffisantes, le Gouvernement aurait la faculté de déclarer l'état d'urgence sanitaire pour permettre aux

autorités compétentes de recourir à l'ensemble des mesures autorisées en pareille circonstance, état d'urgence qui pourrait être prolongé au-delà d'un mois avec l'aval du Parlement. Par ailleurs, en cas de résurgences localisées de l'épidémie, les autorités titulaires du pouvoir de police administrative générale pourront prendre les mesures nécessaires et adaptées aux circonstances, tandis que les mesures prévues aux articles L. 3131-1 et suivants pourront également être mises en œuvre, telles par exemple des mises à l'isolement ou en quarantaine.

8. Le Conseil d'Etat propose, en raison de son inutilité, de supprimer la disposition selon laquelle les mesures du projet s'appliquent sans préjudice du chapitre I^{er} du titre III du livre I^{er} de la troisième partie du présent code et de l'article L. 410-2 du code de commerce, ces dispositions s'appliquant de plein droit hors état d'urgence sanitaire, situation qui sera celle prévalant à partir du 11 juillet prochain.

9. Enfin, l'article 1^{er} est rendu applicable à tout le territoire de la République. Si la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie Française sont compétentes en matière de santé, les mesures créées par le projet de loi se rattachent à la garantie des libertés publiques qui relève de la compétence de l'Etat en application de l'article 21 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et de l'article 14 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

Sur la prolongation de la durée de conservation de certaines données collectées par les systèmes d'information

10. Le projet de loi modifie le I de l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions aux fins de permettre au pouvoir réglementaire de prolonger la durée de conservation des données à caractère personnel traitées par les systèmes d'information dont ces dispositions autorisent la création, à savoir le traitement « SIDEP », destiné à identifier les personnes dépistées positives au virus du covid-19, et le traitement « Contact Covid », destiné à identifier les contacts à risque de contamination des personnes dépistées ou diagnostiquées positives et à permettre l'utilisation de ces informations à des fins de recherche et de surveillance épidémiologique.

Il prévoit que la durée de conservation de ces données, actuellement limitée à trois mois à compter de leur collecte, pourra être, pour certaines catégories d'entre elles, prolongée par décret en Conseil d'Etat après avis publics du comité de contrôle et de liaison covid-19, chargé par le VIII de ce même article 11 d'associer la société civile et le Parlement à la mise en œuvre des systèmes d'information destinés à lutter contre le virus du covid-19, et de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), sans pouvoir excéder la durée maximale de six mois à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire pour laquelle ces traitements de données sont autorisés.

Sur la conformité à l'article 2 de la Déclaration de 1789, à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et à l'article 5 du RGPD

11. Le Conseil d'Etat rappelle que le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 2 de la Déclaration de 1789 et par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique que les données à caractère personnel doivent être conservées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux

finalités pour lesquelles elles sont enregistrées (Conseil d'Etat, avis n° 400104 du 1^{er} mai 2020 sur le projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions).

Il ressort également du e du 1. de l'article 5 du RGPD que « *les données à caractère personnel doivent être conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées* », une durée de conservation plus longue étant cependant possible dans la mesure où les données sont « *traitées exclusivement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques (...), pour autant que soient mises en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées requises par le présent règlement afin de garantir les droits et libertés de la personne concernée (limitation de la conservation)* ».

12. Le Conseil d'Etat souligne qu'il ressort en l'espèce de l'étude d'impact ainsi que des précisions apportées par le Gouvernement que la prolongation de la durée de conservation des données à caractère personnel ainsi envisagée est nécessaire au regard de la finalité, prévue au 4° du II de l'article 11 de la loi du 11 mai 2020, de surveillance épidémiologique aux niveaux national et local, et de recherche sur le virus et les moyens de lutter contre sa propagation.

Le Conseil d'Etat relève par ailleurs que le Gouvernement justifie également la mesure par la nécessité de faciliter les conditions de réalisation des opérations de recherche des cas contacts et des enquêtes sanitaires, en permettant aux services en charge de ces investigations d'identifier les personnes dépistées positives jusqu'à la fin de la crise sanitaire.

Il estime que la nécessité de la prolongation de la durée de conservation de certaines données à caractère personnel à cette fin devra être appréciée, lors de l'élaboration du projet de décret en Conseil d'Etat auquel il est renvoyé, au regard, d'une part, des incidences de la mesure sur le droit des intéressés au respect de la vie privée et, d'autre part, de l'état des connaissances scientifiques, en ce qui concerne notamment l'immunité des personnes dépistées positives au virus du covid-19.

Le Conseil d'Etat considère en conséquence que la prolongation de durée de conservation envisagée par le projet de loi, qui ne porte que sur certaines catégories de données personnelles et sur certaines finalités qu'il appartiendra au décret en Conseil d'Etat auquel il est renvoyé de préciser, ne méconnaît pas, dans son principe, les exigences rappelées précédemment.

Sur la conformité aux articles 13 et 14 du RGPD

13. Le Conseil d'Etat rappelle que le 2. de l'article 13 du RGPD impose au responsable du traitement, lorsque des données personnelles sont collectées auprès de la personne concernée, de fournir à cette personne « *au moment où les données à caractère personnel sont obtenues, les informations complémentaires suivantes qui sont nécessaires pour garantir un traitement équitable et transparent* », parmi lesquelles « *la durée de conservation des données à caractère personnel ou, lorsque ce n'est pas possible, les critères utilisés pour déterminer cette durée* ». Le 3. de l'article 14 de ce règlement exige par ailleurs, lorsque les données à caractère personnel n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée, que ces mêmes informations lui soient communiquées « *dans un délai raisonnable après avoir [été obtenues], mais ne dépassant pas un mois, eu égard aux circonstances particulières dans lesquelles les données à caractère personnel sont traitées* ».

Le Conseil d'Etat souligne qu'il ressort de ces dispositions, éclairées notamment par le point 60 du préambule du RGPD, que celles-ci visent à garantir un traitement loyal et transparent des données à caractère personnel, aux fins notamment de permettre aux intéressés d'exercer les droits d'accès, d'opposition, d'effacement et de rectification ainsi que le droit à la limitation des données qui leur sont reconnus par ce règlement.

Il estime dès lors que ces dispositions doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne font pas obstacle à ce qu'une prolongation de la durée de conservation des données contenues dans le traitement soit rendue applicable à des données déjà collectées, sous réserve que cette double exigence de loyauté et de transparence soit respectée. Toutefois, lorsque le traitement de données a pour base légale le consentement de la personne intéressée, en application du a) du 1. de l'article 6 du RGPD, une telle prolongation de durée ne peut, en principe, lui être rendue applicable que si elle y a préalablement consenti.

14. Le Conseil d'Etat relève qu'en l'espèce, les traitements de données dont la création est autorisée par l'article 11 de la loi du 11 mai 2020 ne reposent pas sur le consentement des intéressés mais sur la nécessité du traitement pour l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement, en l'espèce dans le domaine de la santé publique (*e* du 1. de l'article 6 et *i* du 2. de l'article 9 du RGPD) (Conseil d'Etat, avis n° 400104 du 1^{er} mai 2020 sur le projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions).

Il observe que la prolongation de la durée de conservation de certaines données à caractère personnel ne méconnaît nullement l'exigence de loyauté du traitement, qui ne s'oppose pas à ce que certaines des caractéristiques du traitement, telle que la durée de conservation des données, soient modifiées postérieurement au moment de la collecte.

Il retient de même que l'exigence de transparence du traitement ne fait pas par elle-même obstacle à ce que certaines caractéristiques du traitement puissent évoluer postérieurement à la collecte des données, ainsi que l'envisagent d'ailleurs le 3. de l'article 13 et le 4. de l'article 14 du RGPD en ce qui concerne la modification des finalités du traitement.

15. Le Conseil d'Etat estime en revanche nécessaire, pour garantir la transparence du traitement et permettre en particulier aux intéressés d'exercer à tout moment leur droit à l'effacement et leur droit d'opposition, qui leur sont reconnus, conformément aux articles 17 et 21 du RGPD, par le décret n° 2020-551 du 12 mai 2020 relatif aux systèmes d'information mentionnés à l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, d'insérer dans le projet une disposition précisant que les personnes concernées seront informées sans délai de cette prolongation de la durée de conservation des données les concernant, selon les modalités les plus adéquates qu'il appartiendra au décret en Conseil d'Etat auquel il est renvoyé de définir (V. Lignes directrices sur la transparence au sens du règlement (UE) 2016/679 élaborées par le groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel institué par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, points 29 à 33).

Le Conseil d'Etat considère donc que, sous réserve de l'ajout d'une telle mention, le projet ne méconnaît pas les articles 13 et 14 du RGPD.

NOR : PRMX2013758L

Cet avis a été délibéré et adopté par le Conseil d'Etat en Commission permanente dans sa séance du 9 juin 2020.