

CONSEIL D'ETAT, 6 JUILLET 2021, REFERE N°453505

MOTS CLEFS : référé liberté – passe sanitaire – crise sanitaire – données personnelles – données de santé – état civil – minimisation des données – analyse d'impact

Dans un contexte tendu de contestation des décisions sanitaires du gouvernement, l'association La Quadrature du Net, bien connue pour sa défense des libertés fondamentales face aux outils informatiques, attaque le dispositif du passe sanitaire, en ce qu'il violerait les principes de protection des données personnelles, tel que l'interdiction des traitements des données de santé, la minimisation des données ou encore la sécurité de celles-ci. Le Conseil d'Etat valide néanmoins le dispositif du passe sanitaire, sans même regarder la condition d'urgence pourtant prévue pour le référé liberté.

FAITS : La loi du 31 mai 2021 permet au Premier Ministre d'imposer la présentation d'un « passe sanitaire » lors des déplacements depuis ou à destination de la France, mais également pour accéder à des lieux de restauration ou de loisirs. Ce document permet d'attester, d'un résultat négatif lors d'un dépistage virologique, d'un cycle de vaccination complet ou d'un rétablissement suite à une contamination. Le passe affiche les noms, prénoms, date de naissance de la personne concernée, en plus d'un QR code en permettant sa vérification lors d'un scan.

PROCEDURE : L'association La Quadrature du Net a introduit un référé liberté devant le Conseil d'Etat. L'association considère en effet que le dispositif de passe sanitaire méconnaît gravement les principes issus du Règlement général sur la protection des données personnelles. La requérante demande donc au juge d'ordonner la suspension du dispositif et des délivrances de passe sanitaire, mais également d'ordonner la suspension de la décision incluant des données relatives à l'état civil et au statut vaccinal dans ce passe.

PROBLEME DE DROIT : Le dispositif de passe sanitaire est-il manifestement contraire aux principes du Règlement général sur la protection des données ?

SOLUTION : Le Conseil d'Etat répond par la négative et rejette la requête de l'association. La plus haute juridiction administrative considère que le dispositif n'est pas manifestement illégal, en ce que les principes de fondement du traitement, de minimisation et de sécurité des opérations sont respectés.

SOURCES :

- DESGENS-PASANAU (G.), *La protection des données personnelles*, Lexis Nexis, 4ème édition, Paris, 2019, p. 345
- MAUPIN (E.), « Le passe sanitaire reste en vigueur », *AJDA* n°25, 12 juillet 2021, p. 1417
- « Le Conseil d'Etat ne suspend pas le passe sanitaire », *JCP G* n°28, 12 juillet 2021, p. 1364
- « Passe sanitaire : le Conseil d'Etat valide la violation de la loi », *La Quadrature du net*, 6 juillet 2021
- Analyse d'impact sur les données personnelles (AIDP) de TousAntiCovid Pass sanitaire, version mise à jour le 9 juin 2021



NOTE :

Le Conseil d'Etat va s'intéresser à plusieurs problématiques concernant le respect du RGPD par le dispositif du passe sanitaire.

1. La minimisation des données

Le décret du 7 juin 2021 prévoit que le passe sanitaire comporte les noms, prénoms, date de naissance et un QR Code permettant la vérification du document.

Le Conseil d'Etat va ici rejeter l'argumentation de l'association concernant la violation du principe de minimisation des données, en rappelant que les données contenues dans le passe sanitaire sont bien nécessaires au contrôle du passe. Par ailleurs, les juges notent que la CNIL elle-même a estimé que le décret cité précédemment est de nature à respecter le principe de minimisation des données, « *en limitant strictement la divulgation d'informations privées aux personnes habilitées à procéder aux vérifications* ».

2. La présence de données de santé

La requérante avance qu'il n'existe pas de fondement légal à la présence des données de santé dans le passe. Les données de santé sont sensibles par nature, ce qui justifie l'interdiction de principe de leur traitement.

Le Conseil d'Etat va ici considérer que le décret précité, constitue bien une base juridique valable, au sens de l'article 9 2. i) du RGPD, qui ouvre une possibilité pour les Etats de traiter des données de santé pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique, notamment contre les « *menaces transfrontalières graves pesant sur la santé* ».

3. La sécurité des données

L'association invoque enfin un risque pour la sécurité des données. Les juges vont prendre en compte plusieurs éléments pour considérer que le traitement est

sécurisé. Ceux-ci vont tout d'abord noter que le système est décentralisé, c'est-à-dire que ce sont les utilisateurs qui conservent leur propre passe sur leur téléphone notamment grâce à l'application TousAntiCovid. Les données de santé ne sont donc pas rassemblées en un même lieu, limitant les risques de piratage généralisé des passes. Ensuite, le Conseil d'Etat estime que le risque de captation des données contenues dans le passe est peu élevé, car cela nécessiterait un logiciel malveillant sur l'appareil effectuant le contrôle du justificatif.

Enfin, les juges s'attardent sur la question de l'analyse d'impact, document préalable nécessaire à tout traitement engendrant des risques élevés pour les droits et libertés des personnes physiques. En l'espèce, l'analyse n'a été communiquée que le 9 juin 2021, soit après le décret mettant en place ce dispositif.

Cette analyse d'impact s'intéresse à différents risques (les risques d'accès illégitimes, les modifications non désirées, les disparitions de données), tout en y associant les estimations de la gravité pour les individus et la vraisemblance du risque. Les risques relevés pour le dispositif sont ici importants. Pour y remédier, le plan d'action est alors un passage *offline* de l'application, qui fait alors passer la vraisemblance du risque à « limité », sans impact sur la gravité du risque pour les individus. Le Conseil d'Etat va affirmer dans sa décision que l'analyse « *ne fait pas apparaître de risque résiduel* ».

Le passe sanitaire est donc validé au regard du droit de la protection des données personnelles. Ce dispositif n'est donc pas manifestement illégal.

Myriam Autrand

Master 2 Droit des Médias Electroniques
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDDIC 2021



ARRET :

(...) 10. En dernier lieu, il résulte des dispositions citées au point 6 que lorsqu'un traitement est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement effectue, avant le traitement, une analyse de l'impact des opérations de traitement envisagées sur la protection des données à caractère personnelles. En outre, lorsqu'il ressort de cette analyse que les opérations de traitement des données comportent un risque élevé que le responsable du traitement ne peut atténuer en prenant des mesures appropriées compte tenu des techniques disponibles et des coûts liés à leur mise en œuvre, il convient que l'autorité de contrôle soit consultée avant que le traitement n'ait lieu. S'il en résulte que l'absence de consultation de l'autorité de contrôle sur l'analyse d'impact d'un traitement présentant un risque résiduel fort est sans incidence sur la légalité de l'acte créant le traitement, il appartient en revanche au juge des référés de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier s'il y avait lieu de saisir l'autorité de contrôle de l'analyse d'impact et, en cas de réponse positive, si la consultation a été faite préalablement au traitement. La violation d'une telle garantie est de nature à constituer une atteinte grave et manifestement illégale à la vie privée et à la protection des données personnelles.

(...)

12. Il résulte de l'instruction et il n'est d'ailleurs pas contesté que le traitement TousAntiCovid Vérif effectivement mis en œuvre par le ministre de solidarités et de la santé repose sur un contrôle local des données contenues par les justificatifs (" mode off-line "), et que le Gouvernement a renoncé à tout échange de données avec le serveur central de la société prestataire lors de la vérification des justificatifs

présentés sur le téléphone mobile de la personne entendant se prévaloir du passe sanitaire. Il résulte des termes mêmes de cette étude d'impact, et il n'est d'ailleurs pas contesté par les requérants, que cette modification limite significativement la vraisemblance des risques d'accès illégitime, de modification non désirée ou de disparition des données concernées. Cette modification est d'ailleurs conforme à la proposition faite par la CNIL au point 33 de son avis du 7 juin 2021. Par suite, le choix du Gouvernement de ne pas saisir la CNIL de l'analyse d'impact préalable à la mise en œuvre du traitement - qui montrait l'existence d'un risque résiduel faible - n'entache la mise en œuvre du passe sanitaire d'aucune illégalité manifeste.

13. Enfin, le passe sanitaire est de nature à permettre, par la limitation des flux et croisements de personne qu'il implique, de réduire la circulation du virus de la Covid-19 dans le pays. Son usage a été restreint au déplacements avec l'étranger, la Corse et l'outre-mer, d'une part, et à l'accès à des lieux de loisirs, d'autre part, sans que soient concernées les activités quotidiennes ou l'exercice des libertés de culte, de réunion ou de manifestation. En outre, l'usage de l'application TousAntiCovid demeure facultatif, les justificatifs pouvant être produits par voie papier ou sur tout autre support numérique, au choix de la personne concernée.

14. Il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition d'urgence, que la mise en œuvre du passe sanitaire n'est pas, à la date de la présente ordonnance, manifestement illégale. Il y a lieu, par suite, de rejeter la requête de l'association La Quadrature du Net, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

