



HAL
open science

Le passe sanitaire : décryptage d'un nouvel outil au service de la santé publique

Gabrielle Cancalon

► **To cite this version:**

Gabrielle Cancalon. Le passe sanitaire : décryptage d'un nouvel outil au service de la santé publique. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2021, 29. hal-04004059

HAL Id: hal-04004059

<https://hal.science/hal-04004059v1>

Submitted on 24 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Gabrielle Cancalon

Juriste à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

Le passe sanitaire : décryptage d'un nouvel outil au service de la santé publique

Introduction

Depuis mars 2020, la France connaît une situation sanitaire exceptionnelle liée à l'épidémie du virus de la Covid-19. Afin d'endiguer l'épidémie, de nombreuses mesures, outils, ainsi que des systèmes inédits ont été mis en œuvre au cours de cette crise sanitaire. Les mesures de couvre-feu, de confinement, de fermeture des lieux accueillant du public ont montré, au bout de presque un an de mise en place et de retraits successifs, les limites de leurs bénéfices dans la lutte contre l'épidémie. En effet, le contexte économique et les effets psychosociaux des mesures sur la population ne permettaient pas au Gouvernement de pérenniser de telles mesures.

Avec le lancement de la campagne de vaccination en décembre 2020, le Gouvernement a entrevu une porte de sortie de crise sanitaire permettant d'allier la protection de la santé des citoyens avec la reprise d'une vie normale. Les bénéfices de la vaccination que sont l'immunité personnelle contre le virus et la réduction des contaminations permettent d'envisager une amélioration de la situation. Dans le dessein de rétablir le plus rapidement possible la vie quotidienne des Français, il a dès lors été question de « certificat d'immunité », de « passeport vaccinal » constituant une preuve de la vaccination de la personne contre la Covid-19. L'idée derrière ces différentes dénominations est d'apporter une preuve de vaccination afin d'avoir accès à des lieux ou activités dont l'entrée ne serait pas permise aux citoyens n'attestant pas d'une telle vaccination. Ce projet a soulevé de nombreux questionnements tant juridiques qu'éthiques, concernant l'accès à la vaccination et au conditionnement de l'exercice des libertés individuelles à l'utilisation d'un tel certificat¹. En dépit du caractère nouveau et exceptionnel d'un tel dispositif, qui s'explique notamment par l'étendue mondiale de l'épidémie, les notions d'obligation vaccinale

ou la préexistence de contraintes portant sur la liberté de circulation des personnes ne sont pas nouvelles.

Historiquement, il existait déjà des exigences en matière de santé, justifiées par la protection de la santé publique. En effet, la première loi sur l'obligation vaccinale date du 15 février 1902² et portait sur le vaccin contre la variole³. Par la suite, certaines vaccinations pour les enfants ont été systématisées⁴ comme celles contre la diphtérie en 1938⁵ ou contre le tétanos⁶ en 1940. S'agissant des professionnels de santé, des obligations vaccinales ont également été posées comme celle contre l'hépatite B en 1990⁷.

De manière générale, l'obligation vaccinale est un concept connu et admis en France. La liste des vaccins obligatoires a été étendue au fil du temps, pour s'adapter et répondre à la nécessité d'enrayer certaines maladies infectieuses. Une méthode que le Conseil constitutionnel estime conforme à « l'exigence constitutionnelle de protection de la santé telle qu'elle est garantie dans le Préambule de 1946 »⁸. Le Conseil d'État s'est également prononcé sur un décret d'application⁹ de la loi du 30 décembre 2017¹⁰ modifiant l'article L. 3111-2 du code de la santé publique, qui fixe la liste des désormais onze vaccinations obligatoires de l'enfant. Les juges ont considéré dans leur décision du 6 mai 2019¹¹ que « l'obligation vaccinale résultant du 1 de l'article L. 3111-2 du code de la santé publique tel que modifié par la loi du 30 décembre 2017 est justifiée par les besoins de la protection de la santé publique et est proportionnée au but poursuivi ». Par ailleurs, certaines vaccinations conditionnent déjà nos déplacements, comme celle contre la fièvre jaune pour se rendre dans certains pays comme le Bénin ou le Burundi¹², ou certains territoires français comme la Guyane¹³. Ainsi, c'est au nom de la protection de la santé publique que sont prises ces mesures relatives à la santé des citoyens. Le fait d'imposer des mesures préventives portant sur la santé est dicté par la dimension universelle de la santé publique en ce que la vaccination, pour être efficace, exige un certain seuil de personnes vaccinées, à rebours d'une

2 - Loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique.

3 - « Les vaccinations obligatoires imposées à l'ensemble de la population », www.weka.fr.

4 - J.L Vildé « L'obligation vaccinale en question », *Laennec*, vol. 63, n°3, 2015, p.8.

5 - Loi du 25 juin 1938 tendant à rendre obligatoire la vaccination antidiphtérique.

6 - Loi du 24 novembre 1940 instituant l'obligation de la vaccination antitétanique associée à la vaccination antidiphtérique.

7 - Loi n°91-73 du 18 janvier 1991 portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales.

8 - Cons. constit., 20 mars 2015, n°2015-458 QPC.

9 - Décret n°2018-42 du 25 janvier 2018.

10 - Loi n°2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018.

11 - CE., 6 mai 2019, n°419242.

12 - « Fièvre jaune », www.vaccination-info-service.fr.

13 - « Fièvre jaune », www.guyane.ars.sante.fr.

1 - Sur ce point, v. M. Mesnil « La vaccination contre le covid-19 au prisme des libertés », *JDSAM*, 2021, n°28, p.72.

vision individualiste qui voudrait que les vaccinations soient basées sur le volontariat ce qui n'emporterait pas les mêmes bénéfices sanitaires. L'enjeu des vaccinations obligatoires demeure le même : lutter contre la propagation des maladies graves, contagieuses et infectieuses.

Dans le cadre de la lutte contre l'épidémie de la Covid-19, a été retenue la notion de passe sanitaire, l'idée d'un passeport représentant une contrainte et une restriction trop grande pour la liberté de circulation des personnes. Tout d'abord, il a fallu apporter une définition au concept de passe sanitaire : « *Le passe sanitaire consiste en la présentation numérique (via l'application TousAntiCovid) ou papier, d'une preuve sanitaire* »¹⁴. Ce choix terminologique s'explique par le fait que, comme nous le verrons, le contenu du passe sanitaire ne se résume pas à l'établissement d'un certificat de vaccination contre la Covid-19, mais comprend également le dépôt de résultats de tests de dépistage négatifs ou encore d'attestation de rétablissement après une contamination au virus de la Covid-19.

Dès lors, il apparaît primordial de s'interroger sur la manière dont est mis en œuvre le dispositif de passe sanitaire en France. Il s'agit d'explicitier cet instrument nouveau, de savoir comment il se conjugue avec les exigences législatives et réglementaires déjà présentes en France, et de situer son imbrication dans le droit dérogatoire de l'état d'urgence sanitaire. Deux aspects méritent d'être approfondis : d'une part le caractère inédit du passe sanitaire (I) et, d'autre part, les modalités et le contenu de ce passe (II).

I) L'innovation du passe sanitaire

Le « passe sanitaire » est un concept inédit en France et en Europe, qui n'a jamais connu son pareil. L'objectif premier a donc été de jauger de la nécessité de mettre en place un tel dispositif et d'en mesurer les enjeux pour en garantir une instauration régulière (A). Une fois l'instauration de ce passe décidée, une loi française a été adoptée qui s'est intégrée dans un cadre européen (B).

A) Enjeux et méfiance à l'instauration du passe sanitaire

En France, la vaccination d'abord et le passe sanitaire ensuite se présentent comme la solution permettant de mener à bien la sortie de cette crise sanitaire. Les différentes phases de déconfinement qui se sont étalées entre les mois de mars à juin 2021 ont permis la reprise progressive des activités interrompues en raison de l'épidémie de la Covid-19. L'enjeu fondamental du passe sanitaire est de garantir la poursuite des activités et événements de la vie quotidienne, tout en réduisant les risques de contamination par la Covid-19. C'est ainsi que la loi du 31 mai 2021 relative

à la gestion de la sortie de crise sanitaire¹⁵ a été adoptée. Cette loi préfère l'emploi du terme de « certificat » à celui de « passe sanitaire » alors que le décret d'application du 7 juin 2021¹⁶ qui pose les modalités pratiques du dispositif utilise cette dénomination dans le titre du chapitre 2 qui lui est dédié. En réponse à la situation sanitaire exceptionnelle en France, l'objectif du passe sanitaire est de conditionner l'accès à certains lieux ou événements à la présentation d'une preuve sanitaire.

Loin d'envisager la seule restriction du droit des personnes de se déplacer ou de participer à des activités publiques, les enjeux du passe sanitaire sont pluriels.

L'enjeu primordial du passe sanitaire réside dans la gestion du risque de contamination. Il a pour but d'empêcher la propagation du virus et, dans un objectif de protection de la santé publique, de garantir à la population un retour à la normale, tout en gérant un virus qui circule toujours. Aussi, utiliser le passe sanitaire et donc attester ne pas être atteint de la Covid-19 permet de limiter significativement les risques de diffusion épidémique du virus dans des lieux quotidiennement fréquentés. Le passe sanitaire apparaît comme un outil permettant de minimiser les risques de contamination par le virus dans des situations à risques, comme lors de rassemblements de plusieurs personnes dans un endroit clos (commerces, salles de spectacles, salles de réunions), de sécuriser les entrées sur le territoire national et de ne pas importer le virus là où il n'est pas, ou là où il circule moins (pour les voyages effectués à l'étranger par exemple). Par voie de conséquence, assurer la gestion du risque de contamination permet de réduire la pression sur les systèmes de soins qui fonctionnent à flux tendus depuis le début de l'épidémie en France (saturations des services, épuisement du personnel de santé). Par ailleurs, l'un des objectifs poursuivi par le passe sanitaire est celui d'empêcher la falsification des documents de preuves qui se répand de plus en plus comme les résultats de tests RN-PCR et antigénique. La gratuité de la délivrance de ce document assure une facilité d'accès et peut favoriser la réduction des faux documents de preuves.

Le 12 mai 2021, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (ci-après « CNIL ») a émis, en urgence du fait des traitements de données à caractère personnel envisagés, un avis¹⁷ sur le projet de passe sanitaire proposé par le Gouvernement. Avant toute chose, la CNIL insiste sur le caractère temporaire du dispositif. En effet, en tant que réponse inédite à une situation sanitaire exceptionnelle, la CNIL précise qu'il « *ne peut être maintenu en dehors du contexte de crise sanitaire* ». Cette dernière souhaite qu'à sa

15 - Loi n°2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

16 - Décret n°2021-724 du 7 juin 2021 modifiant le décret n°2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

17 - Commission nationale de l'informatique et des libertés, délibération n°2021-054 du 12 mai 2021 portant avis sur le projet de mise en place d'un passe sanitaire conditionnant l'accès à certains lieux, événements ou établissements impliquant de grands rassemblements de personnes.

14 - « Pass sanitaire », www.gouvernement.fr.

mise en place, « *les impacts du passe sanitaire soient analysés de manière fréquente et à intervalles réguliers à partir de données objectives* » afin que les pouvoirs publics puissent se prononcer sur son maintien ou non. La CNIL souligne donc le caractère singulier d'un tel mécanisme et affirme bien qu'en tant que tel, son application doit régulièrement être remise en question en fonction de la situation sanitaire du pays.

En outre, la CNIL a émis un certain nombre de recommandations qui visent à minimiser l'impact du passe sanitaire sur la protection des droits et libertés fondamentales. Elle souhaite ainsi que l'utilisation du passe sanitaire soit réservée pour l'accès aux événements rassemblant un grand nombre de personnes, ce qui exclut *a fortiori* « *les lieux qui ont trait aux activités quotidiennes "et ceux" liés à certaines manifestations habituelles de libertés fondamentales* » comme la liberté de manifester, ou la liberté de religion. À l'instar d'une méfiance établie face au passe sanitaire, la CNIL déplore le manque de précision de la définition des « lieux et événements » concernés. Au surplus, elle met en garde sur la problématique qu'est la protection des données à caractère personnel, élément central du dispositif. Ainsi, elle recommande un niveau de protection élevé de ces données, et précise qu'il revient à la loi et au règlement de préciser les modalités concrètes du passe sanitaire, ainsi que les garanties nécessaires pour éviter toute atteinte au droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles. En ce sens, elle enjoint le Gouvernement de fournir un outil permettant de limiter l'accès à ces informations par les personnes autorisées à vérifier les preuves là où la présentation d'un passe sanitaire est exigée (transports aériens, événements rassemblement de nombreuses personnes).

Enfin, la CNIL souligne la nécessité de prévenir le risque de discrimination sur l'état de santé qu'implique « *la capacité d'accès et d'usage des outils numériques telle que l'application TousAntiCovid* ». Afin de pallier cette éventuelle carence du dispositif, la CNIL affirme que les certificats en version papier doivent impérativement être acceptés, « *afin d'assurer l'inclusion de chacun dans le dispositif* ».

Le Défenseur des droits a quant à lui alerté, dans un avis¹⁸ du 17 mai 2021, sur les risques d'atteintes aux droits et libertés liés au passe sanitaire prévu par la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire¹⁹. L'institution regrette la précipitation avec laquelle a été étudié le dispositif, dans des délais particulièrement brefs. Le Défenseur des droits salue les modifications apportées en faveur de la protection des données personnelles, mais affirme la nécessité de préciser certains points, notamment ceux portant sur l'application du passe sanitaire aux mineurs. Enfin, il insiste également sur la particularité du dispositif qui n'aura vocation à n'être appliqué que le temps « *strictement nécessaire* » pour

répondre à la situation sanitaire.

Ainsi, il se dégage des avis rendus par ces diverses institutions un sentiment de méfiance à l'égard de ce nouveau dispositif. Néanmoins, il s'agit davantage de recommandations sur les garanties entourant sa mise en œuvre, qu'un rejet total du dispositif.

Une fois le principe même du passe sanitaire défini et admi, toute la difficulté résidait dans la construction d'un cadre légal national et européen pour cet outil.

B) Le développement national du passe sanitaire dans un cadre européen

Compte tenu de l'ampleur du dispositif, il est apparu nécessaire de réfléchir avant tout à une mise en œuvre au niveau européen. La réglementation d'un passeport sanitaire à l'échelon européen, en ce qu'elle a vocation à être appliquée par tous les États membres et à être déclinée au niveau national, a dû être construite conformément à certains principes préexistants, comme la « libre circulation des travailleurs »²⁰, sans discrimination prévue à l'article 48 du Traité de Rome.

Le droit de l'Union européenne comprend certaines dispositions dérogatoires portant sur la restriction de la liberté de circulation des personnes au nom de la santé publique, notamment en cas d'épidémie. Ce type de dérogations est permis à l'article 29 de la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 sur la santé publique qui prévoit que « *Les seules maladies justifiant des mesures restrictives de la libre circulation sont les maladies potentiellement épidémiques telles que définies dans les instruments pertinents de l'Organisation mondiale de la santé ainsi que d'autres maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses pour autant qu'elles fassent, dans le pays d'accueil, l'objet de dispositions de protection à l'égard des ressortissants de l'État membre d'accueil* ». Conformément à cette réglementation européenne, la réflexion s'est portée, dès le mois de janvier 2021, sur la mise en place d'un certificat unique, reconnu par tous les États membres, destiné à attester de la vaccination contre la Covid-19. Abandonnant l'idée d'un passeport vaccinal compte tenu des difficultés d'accès à la vaccination dans certains États, celle d'un « certificat vert européen », incluant d'autres preuves de non-contamination par le virus que la vaccination, a été retenue. L'objectif était de garantir la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne.

Le Parlement et le Conseil européen, se fondant sur le modèle d'un certificat vert, ont adopté un règlement le 14 juin 2021 destiné à définir ce certificat, en prévoir le contenu ainsi que les modalités d'utilisation. Ce règlement énonce qu'il a pour but d'établir « *un cadre pour la délivrance, la vérification et l'acceptation de certificats COVID-19 interopérables de vaccination, de test et de rétablissement (certificat COVID numérique de l'UE) aux fins*

18 - Défenseur des droits, avis n°21-06 du 17 mai 2021 relatif au projet de loi relatif à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

19 - E. Maupin « Pass sanitaire : la Défenseure des droits tire la sonnette d'alarme », *AJDA* 2021, p.1170.

20 - Article n°48, Traité de Rome du 25 mars 1957.

de faciliter l'exercice, par leurs titulaires, de leur droit à la libre circulation pendant la pandémie de COVID-19 »²¹. Dans un dessein d'obtenir une législation harmonisée sur tout le territoire européen, le caractère interopérable du certificat vert entre les États membres apparaissait primordial. C'est aujourd'hui cette reconnaissance réciproque du certificat qui permet aux citoyens européens de l'utiliser facilement.

Le règlement prévoit que le certificat COVID numérique de l'UE englobe les trois hypothèses suivantes : un certificat « de vaccination » confirmant que le titulaire a reçu un vaccin contre la Covid-19, un certification « de test » attestant que le titulaire démontre un résultat négatif à un test de dépistage de la Covid-19 et un certificat « de rétablissement » confirmant par un résultat négatif à un test de dépistage de la Covid-19, que le titulaire est rétabli d'une infection par le SARS-CoV-2. L'article 3 du texte prévoit une application de ce mécanisme au 1^{er} juillet 2021, jusqu'au 30 juin 2022. Le règlement détaille les informations que doivent contenir les différents certificats (identité du titulaire, informations sur le vaccin ou le test, identifiant unique du certificat). Il énonce que le certificat, délivré sous forme papier ou numérique, doit être facile d'utilisation et contenir un code barre interopérable permettant de vérifier l'authenticité, la validité et l'intégrité des certificats. Le règlement exige notamment que les certificats soient délivrés dans la langue de l'État membre dont est ressortissant le titulaire, et en anglais. Il précise le caractère gratuit de la délivrance d'un tel certificat.

À l'échelle nationale, le passe sanitaire annoncé par le Gouvernement s'est fondé sur le modèle européen. La loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire du 31 mai 2021 a posé le cadre légal du passe sanitaire. Le texte énonce d'abord que, jusqu'au 30 septembre 2021, le Premier ministre peut, « aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 », réglementer, interdire ou restreindre les déplacements de personnes ou l'ouverture au public de certaines catégories d'établissements ainsi que les rassemblements de personnes, réunions et activités sur la voie publique. Au point IV de son article 2, la loi énonce le caractère proportionné des mesures aux risques sanitaires encourus, leur appropriation aux circonstances de temps et de lieu et leur arrêt lorsqu'elles ne sont plus nécessaires. C'est plus spécialement le paragraphe 2 de l'article 1 du texte qui prévoit le déploiement du passe sanitaire à partir du 2 juin 2021. Ainsi, il subordonne l'accès à certains lieux, établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes pour des activités de loisirs ou des foires ou encore des salons professionnels à la présentation soit du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la Covid-19, soit d'un justificatif de statut vaccinal concernant la Covid-19, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la Covid-19. On retrouve ainsi le modèle européen qui n'est pas construit seulement autour du statut vaccinal de la personne, mais plutôt autour

21 - Règlement n°2021/953 du 14 juin 2021.

de son état de santé par rapport au virus. En outre, la notion « de grands rassemblements de personnes » utilisée dans le texte soulèvera de nombreuses interrogations quant à la clarté et la précision de la loi qui sera examinée par le Conseil constitutionnel.

Un décret du 1^{er} juin²² modifié le 7 juin 2021²³ pose, au chapitre 2 et en ses articles 2-2 et 2-3, les modalités de mise en œuvre du passe sanitaire.

Le Conseil constitutionnel, saisi pour examiner la loi du 31 mai 2021 sur la gestion de sortie de crise sanitaire, a statué²⁴ sur la conformité d'un tel dispositif à la Constitution (prévu à l'article 1 paragraphe 2 de cette loi).

Le Conseil constitutionnel valide le dispositif et considère, contrairement aux arguments avancés par les requérants, que l'utilisation par le législateur de la notion de « grands rassemblements de personnes » ne méconnaît ni l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ni l'étendue de la compétence du législateur. Il estime que le législateur a entendu limiter l'application des dispositions litigieuses aux cas de grands rassemblements de personnes, qu'il ne lui incombait pas de déterminer un seuil minimal chiffré et qu'il appartient au pouvoir réglementaire de prendre en compte les conditions effectives d'accueil du public.

Le dispositif du passe sanitaire a également été validé par le Conseil d'État, dans une décision du 6 juillet 2021²⁵.

La réflexion autour de la nécessité du passe sanitaire et le travail de mise en œuvre représentent la première étape d'instauration du mécanisme. Une difficulté s'est dégagée quant à la spécification du contenu du passe sanitaire, les exigences formelles et les garanties qui doivent être fournies.

II) Modalités et contenu du passe sanitaire

La mise en place d'un dispositif tel que le passe sanitaire doit être entourée de certaines garanties et doit, à ce titre, répondre à des exigences formelles (A). C'est à propos des informations contenues dans le passe sanitaire que sont survenus le plus de débats, spécialement relativement à la protection des données à caractère personnel (B).

A) Le cadre législatif et réglementaire du passe sanitaire

La mission primordiale d'arrêter le contenu exact du passe sanitaire, les formalités et les garanties qui s'y rattachent relève du domaine réglementaire. Ce sont les

22 - Décret n°2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

23 - Décret n°2021-724 du 7 juin 2021 modifiant le décret n°2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

24 - CC., 31 mai 2021, n°2021-819.

25 - CE., 6 juillet 2021, n°453505.

décrets d'application de la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire qui sont venus préciser les dispositions légales. Ainsi, le décret du 7 juin 2021 a indiqué, dans ses articles 2-2 et 2-3 du chapitre 2, les données intégrant le passe sanitaire. L'information essentielle du passe est celle de la contamination ou non par le virus de la Covid-19. À ce titre, le décret explicite les différentes manières de prouver cette absence de contamination.

Cette preuve peut prendre la forme d'un « examen de dépistage RT-PCR ou un test antigénique de moins de 48 heures²⁶ ». Les délais de validité des tests de dépistage sont de moins de 48 heures pour l'accès aux grands événements et de maximum 72 heures pour le contrôle sanitaire aux frontières. Ces délais doivent strictement être respectés au moment de l'entrée sur le lieu conditionné ou lors de l'embarquement dans le cadre d'un transport.

La preuve de non-contamination peut également être apportée par la présentation d'un « *justificatif du statut vaccinal considéré comme attestant d'un schéma vaccinal complet* ». Le texte dispose néanmoins que seuls les vaccins ayant reçu une autorisation de mise sur le marché délivrée par l'Agence européenne du médicament sont admis. La notion de schéma vaccinal complet signifie qu'un délai de 7 jours²⁷ s'est écoulé depuis l'injection de la seconde dose pour les vaccins à double injection, ou un délai de 7 jours depuis l'unique injection pour les vaccins chez les personnes ayant eu un antécédent de Covid-19, ainsi qu'un délai de 4 semaines après l'injection pour les vaccins avec une seule injection.

Enfin, la preuve de non-contamination par le virus de la Covid-19 peut être établie par un « *certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par le Covid-19* » délivré sur présentation d'un document mentionnant le résultat positif à un examen de dépistage RT-PCR réalisé plus de 11 jours et moins de six mois auparavant²⁸. Ce type d'attestation permet d'indiquer le risque limité de contamination à la Covid-19. La validité d'un tel certificat est limitée à 6 mois à compter de la date de réalisation du test ou de l'examen.

Outre les informations sur l'état de santé de la personne incluses dans le passe sanitaire, le décret évoque les formalités qu'implique un tel justificatif. Il prévoit ainsi que les résultats des dépistages ou les certificats de rétablissement sont générés par le système national de dépistage (SI-DEP), et que le certificat lié à la vaccination est assuré par le traitement automatisé des données à caractère personnel « Vaccin covid ». Les certificats de vaccination sont récupérables sur le site internet de l'Assurance

maladie depuis le 27 mai. Ils contiennent un code en deux dimensions (QR code) qui peut être scanné pour être importé sur l'application mobile TousAntiCovid, précisément dans l'onglet « Carnet ». Ce QR code est également destiné à être scanné lors des contrôles de personnes là où la présentation du passe sanitaire est exigée. Les certificats de dépistage et de rétablissement générés par le portail SI-DEP contiennent eux aussi un QR code et peuvent être importés sur l'application mobile.

Enfin, le décret²⁹ précise que les personnes autorisées à effectuer de tels contrôles sont : les exploitants de services de transport de voyageurs, celles chargées du contrôle sanitaire aux frontières, les responsables des lieux et établissements ou organisateurs des événements dont l'accès est subordonné à la présentation d'un passe sanitaire. Il énonce que les informations comprises dans les justificatifs sont : les noms, prénoms, date de naissance ainsi qu'un code permettant la vérification du justificatif.

S'agissant des formalités, pour les lieux ouverts et accueillant du public, le décret précise que les contrôles de justificatifs ne pourront être faits, qu'au moyen de l'application TousAntiCovid Vérif, par : les exploitants de services de transport de voyageurs ; les personnes chargées du contrôle sanitaire aux frontières ou encore les organisateurs d'événements³⁰.

Deux utilisations majeures du passe sanitaire sont à distinguer : l'accès aux activités et événements et les déplacements. Le passe sanitaire dit « activités » est destiné à pouvoir accéder à diverses activités se tenant dans des lieux fermés (salles de conférences, réunions, spectacles, de jeux, établissements destinés aux expositions) ou ayant lieu en plein air ou dans un lieu ouvert au public pouvant donner lieu à un contrôle de l'accès des personnes (parc zoologiques, d'attractions, établissements sportifs couverts, événements sportifs, culturels ou festifs). Le passe sanitaire dit « frontières » fait référence au certificat vert européen et contrôle sanitaire aux frontières lors de déplacements. Son utilisation est dédiée aux transports ou aux voyages.

La situation sanitaire étant en constante évolution, les règles sont amenées à évoluer rapidement, à l'image des nouvelles mesures annoncées par le Gouvernement sur l'extension du passe sanitaire. Un décret du 19 juillet 2021³¹ précise les types d'établissements où est exigée la présentation d'un passe sanitaire. Ainsi depuis le 21 juillet 2021, ce justificatif est exigé à l'entrée des salles de sports, de cinémas, les lieux accueillant des événements sportifs ou culturels ou encore les salles de conférence. Ce décret indique que le passe sanitaire est nécessaire dans tous les

26 - Décret n°2021-949 du 16 juillet 2021 modifiant le décret n°2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

27 - Décret n°2021-949 du 16 juillet 2021 modifiant le décret n°2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

28 - Décret n°2021-910 du 8 juillet 2021 modifiant le décret n°2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

29 - Décret n°2021-724 du 7 juin 2021 modifiant le décret n°2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

30 - Article d'E. Maupin « Mode d'emploi du passe sanitaire », *AJDA* 2021, p.1174.

31 - Décret n°2021-955 du 19 juillet 2021 modifiant le décret n°2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

lieux qui réunissent au moins 50 personnes.

Un projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire³² a été élaboré, dans le but de répondre à la situation sanitaire évolutive. Ce texte prévoit l'extension de l'utilisation du passe sanitaire aux restaurants, hôpitaux, moyens de transports et porte également sur l'obligation vaccinale de certains professionnels. Selon l'article 5 du projet de loi, cette obligation de vaccination concernera le personnel en contact avec les populations à risque comme les professionnels de santé, ce qui englobe tant les médecins et les infirmiers, que les aides à domicile ou encore les pompiers et ambulanciers. L'article 4 du projet de loi énonce qu'un isolement de 10 jours sera mis en place à l'encontre de toute personne testée positive à la Covid-19. Certaines mesures du projet de loi ont été supprimées de la version définitive car considérées comme trop drastiques. Parmi elles, la possibilité de licencier un salarié refusant de se conformer à l'obligation de présenter un passe sanitaire (la suspension du contrat de travail reste possible à ce titre), la présentation obligatoire d'un tel justificatif à l'entrée des grands magasins et centres commerciaux ou encore le fait de justifier d'un motif impérieux pour les français à l'étranger souhaitant revenir en France.

Lors d'une audition devant la Commission des lois du Sénat, la présidente de la CNIL s'est positionnée sur l'extension du passe sanitaire³³. Compte tenu des délais courts de préparation du projet de loi, une saisine pour avis de la CNIL n'a pas été possible, mais une audition apparaissait tout de même nécessaire. Ainsi, la présidente alerte le Parlement sur la dimension éthique qu'implique le choix d'étendre l'utilisation du passe sanitaire à des actes de la vie courante et rejette toute banalisation de ce type de mesure. Elle ajoute que même si le rebond des contaminations justifie l'instauration de mesures exceptionnelles, la gratuité des tests de dépistage impacte grandement l'appréciation du caractère proportionnel de ces mesures. La présidente souligne un point fondamental : le principe d'évaluation constante de l'intérêt des mesures. Il s'agit d'examiner leur efficacité et de décider de la suppression ou de la poursuite des mesures strictement nécessaires à la situation sanitaire. Enfin, la présidente de la CNIL réaffirme la nécessité de limiter l'application du dispositif dans le temps et celle d'avoir des garanties supplémentaires comme la précision des modalités de contrôle du justificatif ou les conditions du traitement des données médicales.

Le 19 juillet 2021, le Conseil d'État a émis un avis en ce qui concerne le projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire³⁴. Il a validé certaines mesures contenues dans ce projet de loi, comme le report du terme de l'état d'urgence sanitaire du 30 septembre 2021 au 31 décembre 2021 ou

la nécessité de présenter un passe sanitaire pour pouvoir accéder à certains établissements de santé, médico-sociaux et sociaux. S'agissant de l'extension du champ d'application du passe sanitaire à certaines activités, le juge administratif considère que « *le fait de subordonner l'accès à des activités de loisir, à des établissements de restauration ou de débit de boissons et à de foires et salons professionnels, à la détention d'un des justificatifs requis est (...) de nature à assurer une conciliation adéquate des nécessités de lutte contre l'épidémie de Covid-19 avec les libertés* ». En outre, il se prononce favorablement à l'exigence d'un passe sanitaire dans les moyens de transports longues distances au sein du territoire national, sous réserve que soient admis les trois types de justificatifs inclus dans le passe sanitaire, afin d'éviter l'exclusion d'une partie de la population. En revanche, le Conseil d'État estime que le fait de subordonner l'accès à certains grands magasins ou à des centres commerciaux « *porte une atteinte disproportionnée aux libertés des personnes concernées au regard des enjeux sanitaires poursuivis* ». De nombreux axes mentionnés par le Conseil d'État seront retenus lors de l'examen du projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire par le Parlement.

Le Défenseur des droits a rendu, le 20 juillet 2021, un avis sur ce projet de loi³⁵. Il émet certaines réserves quant à la proportionnalité et la méthode de certaines dispositions examinées. Il se questionne sur l'intelligibilité de certains points qui laissent une grande marge d'appréciation pouvant provoquer des atteintes aux droits et libertés des citoyens, remet en cause la possibilité qui est donnée à certaines entreprises publiques et privées « *une forme de pouvoir de police* » en les laissant assurer les contrôles de la détention d'un passe sanitaire ou encore affirme qu'il y a un risque de discrimination dans l'emploi lié à l'obligation de présentation du passe sanitaire dans certaines professions. Le Défenseur des droits déplore également l'extension des mesures d'isolement ainsi que les risques liés au traitement des données personnelles. Enfin, il regrette l'absence de débat démocratique liée à la procédure accélérée d'adoption du projet de loi.

La version définitive de ce projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire a été adoptée et doit prochainement être examinée par le Conseil constitutionnel avant d'être promulguée. L'entrée en vigueur de la loi est prévue pour le début du mois d'août 2021.

Une fois le cadre légal posé et les formalités du passe sanitaire définies, le grand défi a résidé dans une problématique plus qu'actuelle : celle du respect de la protection de données personnelle.

32 - Projet de loi n°4386 relatif à la gestion de la crise sanitaire.

33 - 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.

34 - Conseil d'État, avis n°403.629 du 19 juillet 2021 sur un projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire.

35 - Défenseur des droits, avis n°21-11 du 20 juillet 2021 relatif au projet de loi sur la gestion de la crise sanitaire.

B) Le contenu du passe sanitaire : un délicat équilibre entre protection des données et protection de la santé publique

L'essence même du passe sanitaire est d'attester de certaines informations sur l'état de santé des personnes. Son utilisation implique donc deux dimensions fondamentales : d'une part la divulgation de données à caractère personnel et, d'autre part, le fait que les informations dévoilées soient des données de santé.

Toute donnée personnelle mérite une protection particulière. Celles relatives à la santé impliquent une protection stricte et renforcée. Ainsi, les données à inclure dans le passe sanitaire ont suscité de vifs débats s'agissant du nombre d'informations communiquées et de la protection qu'elles méritent. Le passe sanitaire doit obligatoirement contenir des informations nécessaires à l'identification de la personne concernée et d'autres relatives à son état de santé vis-à-vis de la Covid-19. Il comporte également un code de vérification : le QR code.

Les systèmes utilisés pour générer les passes sanitaires, SI-DEP et Vaccin covid assurent le traitement automatisé des données à caractère personnel. Dans la mesure où ces systèmes de traitements sont déjà créés et qu'ils ne sont pas nouveaux, il n'y a pas de création d'un « nouveau fichier »³⁶ de traitement des données pour le passe sanitaire.

Le Conseil constitutionnel, qui a validé ce mécanisme³⁷, a également considéré qu'en prévoyant l'intégration des données de santé recueillies dans le cadre des systèmes d'information mis en œuvre aux fins de lutte contre l'épidémie de Covid-19, le législateur poursuit l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé en ce qu'il entend améliorer les connaissances sur le virus responsable de l'épidémie, notamment ses effets à long terme sur la santé, et renforcer les moyens de lutte contre l'épidémie. Le Conseil constitutionnel émet cependant une réserve quant au contenu des données récoltées, traitées et transférées. Il estime que le droit au respect de la vie privée n'est pas méconnu tant que sont exclues de la collecte, les coordonnées de contact téléphonique ou électronique des intéressés.

La CNIL, dans son avis³⁸ du 7 juin 2021 recommande que la durée d'instauration du passe sanitaire soit clairement définie en ce qu'il représente seulement une réponse à la situation sanitaire actuelle. Son application doit donc être circonscrite dans le temps. Elle souhaite également que le périmètre d'application soit défini en ce qui concerne : les lieux, événements, établissements et publics concernés par l'obligation de présenter un passe sanitaire. Dans son avis, la CNIL préconise que le contrôle du passe soit effectué

36 - Article d'E. Maupin « Mode d'emploi du passe sanitaire », *AJDA* 2021, p.1174.

37 - CC., 31 mai 2021, n°2021-819.

38 - Commission nationale de l'informatique et des libertés, délibération n°2021-067 du 7 juin 2021 portant avis sur le projet de décret portant application du II de l'article 1^{er} de la loi n°2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

uniquement par le biais de l'application TousAntiCovid afin de garantir la protection des données de la personne concernée et grâce à l'onglet TousAntiCovidVerif pour les personnes responsables d'un tel contrôle. Elle conseille que le contrôle se borne au scan du QR code et ne dévoile qu'une information globale sur la non-contamination de la personne concernée par l'apparition d'un sigle rouge ou vert. À la suite de cet avis, plusieurs garanties complémentaires ont été prévues par le décret d'application du 1er juin³⁹ dans le sens des recommandations de la CNIL, comme l'absence de conservation des données dans le cadre du processus de vérification.

Le dispositif du passe sanitaire a également été validé par le Conseil d'État saisi en référé, dans une décision du 6 juillet 2021⁴⁰. Il a été demandé au juge des référés du Conseil d'État, d'ordonner la suspension de l'exécution du dispositif « passe sanitaire », de suspendre la décision d'inclure dans le dispositif de code en deux dimensions (QR code), les données relatives à l'état civil, de suspendre l'exécution du décret n° 2020-724 du 7 juin 2021, et d'enjoindre le Ministre des Solidarités et de la santé de cesser la délivrance des passes sanitaires contenant des QR codes.

Le Conseil d'État considère que les données sur l'état civil contenues dans le dispositif de QR code sont nécessaires « pour contrôler que le passe présenté est bien celui de la personne qui s'en prévaut ». Il rappelle que la CNIL, dans son avis du 7 juin 2021, a estimé que le dispositif du passe sanitaire « est de nature à assurer le respect du principe de minimisation des données, en limitant strictement la divulgation d'informations privées aux personnes habilitées à procéder aux vérifications ».

Le Conseil d'État affirme par ailleurs que le risque de captation illégale des données contenues dans le module « Carnet » de l'application TousAntiCovid semble peu élevé et que par conséquent, le choix d'offrir un système décentralisé, limitant la constitution de traitements ou bases nationales de données, remplit un motif d'intérêt public dans le domaine de la santé publique et n'est pas manifestement contraire au principe de minimisation du traitement des données. Le juge administratif s'est également intéressé au choix du Gouvernement de ne pas saisir la CNIL de l'analyse d'impact préalable à la mise en œuvre du traitement. Il estime que, dans la mesure où le traitement repose sur un contrôle local, que le Gouvernement a renoncé à tout échange de données avec le serveur central de la société prestataire lors de la vérification des justificatifs et que ces mesures, prises conformément avec les propositions de la CNIL, limitent significativement la vraisemblance des risques d'accès illégitimes. Ce choix de non-transmission n'entache dès lors la mise en œuvre du passe sanitaire d'aucune illégalité manifeste.

Le Conseil d'État précise enfin que le passe sanitaire

39 - Décret n°2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

40 - CE., 6 juillet 2021, n°453505.

permet, « *par la limitation des flux de croisements de personnes qu'il implique* », de réduire la circulation du virus de la Covid-19, que son usage est restreint aux déplacements à l'étranger, la Corse ou l'outre-mer et à l'accès aux lieux de loisirs et que l'usage de l'application TousAntiCovid demeure facultatif. Il conclut ainsi que la mise en œuvre du passe sanitaire n'est pas manifestement illégale et rejette la requête de l'association requérante.

De manière concrète, lors de la présentation du passe sanitaire au cours d'une vérification, le niveau de lecture des données est minimal et ne concerne que des informations telles que la validité du passe, le nom, le prénom ou la date de naissance de la personne concernée.

Conclusion

Le passe sanitaire apparaît dès lors comme un dispositif innovant qui permet de garantir la poursuite d'une vie quotidienne normale de manière responsable et permet ainsi une relance de la vie économique. Par ailleurs, il assure la gestion des risques de contamination par le virus de la Covid-19. Nonobstant, il reste des interrogations quant au niveau de protection des données personnelles contenues dans le passe sanitaire : la banalisation ou la systématisation du traitement de données aussi sensibles que le sont les données de santé, ne peut-elle pas conduire à la désacralisation de la protection de ces données ?

Il convient enfin de raisonner sur les difficultés d'accès au numérique. Certaines catégories de citoyens comme les personnes âgées ou celles qui n'ont pas les moyens techniques à disposition n'ont pas accès à des outils numériques. Cette difficulté crée une disparité grandissante au sein de la population et l'on peut dès lors se demander si cela ne constitue pas une forme de discrimination ?

Gabrielle Cancalon