

ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris
5, rue Daunou - 75002 PARIS
Tél. 01.53.63.33.10 - Fax 01.45.48.90.09
afoc@afocavocat.eu

CONSEIL D'ÉTAT

SECTION DU CONTENTIEUX

MÉMOIRE COMPLÉMENTAIRE

RÉFÉRÉ SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE L. 521-2 DU CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE

N° 453505

POUR : L'association « La Quadrature du Net » (LQDN)

CONTRE : Le dispositif intitulé « Passe sanitaire », consistant en la présentation, numérique ou papier, d'une « preuve sanitaire », en tant, d'une part, que ce dispositif permet l'enregistrement dans le code en deux dimensions de données relatives à l'état civil (nom, prénoms, date de naissance, genre) et, d'autre part, que ce dispositif permet l'enregistrement dans le code en deux dimensions de données de santé, à savoir si la personne en question est vaccinée, par quel vaccin et avec combien d'injections elle a été vaccinée, à quelle date elle a été vaccinée, si elle a fait l'objet d'un test RT-PCR négatif récent (48 h ou 72 h selon les cas) ou si elle a fait l'objet d'un test RT-PCR ou antigénique positif attestant du rétablissement de la covid-19, datant d'au moins 15 jours et de moins de 6 mois.

FAITS

1. L'association « La Quadrature du Net » (LQDN), exposante, a déposé, le 11 juin 2021, une requête enregistrée sous le n° 453505, sollicitant du juge des référés du Conseil d'État, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, premièrement, qu'il suspende le dispositif consistant en la présentation, numérique ou papier, d'une « preuve sanitaire », matérialisé d'une part par la décision du ministre des solidarités et de la santé de délivrer ces passes sanitaires et d'autre part le décret n° 2021-724 du 7 juin 2021 servant de base réglementaire à cette délivrance et, deuxièmement, qu'il enjoigne au ministre des solidarités et de la santé de cesser immédiatement, à compter de l'ordonnance à venir, de délivrer des passes sanitaires qui contiendraient des codes en deux dimensions comportant des informations relatives à l'état civil des personnes ou des données de santé, sous astreinte de 1 024 euros par jour de retard.

2. Dans cette requête, l'exposante a montré non seulement que la condition d'urgence était remplie, mais encore que le dispositif litigieux portait atteinte de manière grave et manifestement illégale à plusieurs libertés fondamentales, notamment le droit à la vie privée et le droit à la protection des données personnelles.

3. Par le présent mémoire complémentaire, l'exposante entend soulever un moyen supplémentaire, tiré de l'absence d'analyse d'impact sur la protection des données (AIPD) et qui caractérise, ici encore, une nouvelle illégalité grave et manifeste, au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, dans l'atteinte portée aux libertés fondamentales en cause. Le présent mémoire ne remet nullement en cause les moyens et conclusions précédemment articulés par l'exposante, qu'elle réitère expressément.

DISCUSSION

4. La décision du ministre des solidarités et de la santé de délivrer des passes sanitaires est illégale en ce qu'elle n'a été précédée d'aucune analyse d'impact sur la protection des données et qu'elle n'a donné lieu à aucune consultation préalable de l'autorité de contrôle.

5. **En droit**, l'article 35 du règlement UE n° 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (ci-après « RGPD »), intitulé « *Analyse d'impact relative à la protection des données* », dispose que :

« 1. Lorsqu'un type de traitement, en particulier par le recours à de nouvelles technologies, et compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du 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 personnel. Une seule et même analyse peut porter sur un ensemble d'opérations de traitement similaires qui présentent des risques élevés similaires.

[...]

3. L'analyse d'impact relative à la protection des données visée au paragraphe 1 est, en particulier, requise dans les cas suivants :

a) l'évaluation systématique et approfondie d'aspects personnels concernant des personnes physiques, qui est fondée sur un traitement automatisé, y compris le profilage, et sur la base de laquelle sont prises des décisions produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne physique ou l'affectant de manière significative de façon similaire ;

b) le traitement à grande échelle de catégories particulières de données visées à l'article 9, paragraphe 1, ou de données à caractère personnel relatives à des condamnations pénales et à des infractions visées à

l'article 10; ou

c) la surveillance systématique à grande échelle d'une zone accessible au public.

[...] »

6. L'article 36 du RGPD, intitulé « *Consultation préalable* », dispose à son 1. que :

« 1. Le responsable du traitement consulte l'autorité de contrôle préalablement au traitement lorsqu'une analyse d'impact relative à la protection des données effectuée au titre de l'article 35 indique que le traitement présenterait un risque élevé si le responsable du traitement ne prenait pas de mesures pour atténuer le risque. »

7. Ces obligations sont reprises aux articles 62 et 63 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (ci-après « loi Informatique et Libertés ») qui disposent que :

« Art. 62 – Le responsable du traitement effectue préalablement à la mise en œuvre du traitement une analyse d'impact des opérations de traitement envisagées sur la protection des données à caractère personnel dans les conditions prévues à l'article 35 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016. »

« Art. 63 – Conformément à l'article 36 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, le responsable du traitement est tenu de consulter la Commission nationale de l'informatique et des libertés préalablement à la mise en œuvre du traitement lorsqu'il ressort de l'analyse d'impact prévue à l'article 62 que le traitement présenterait un risque élevé si le responsable du traitement ne prenait pas de mesures pour atténuer le risque. »

8. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (ci-après « la CNIL »), dans sa délibération n° 2021-054 du 12 mai 2021 (*cf.* pièce n° 8), relevait

l'exigence de production d'une AIPD avant la mise en œuvre du dispositif de passe sanitaire :

« 44. L'AIPD de la fonctionnalité de gestion des preuves numériques devra prendre en compte les risques liés à l'ensemble de la chaîne de traitement des informations nécessaires à la mise en œuvre du passe sanitaire, depuis les systèmes d'information déjà mis en œuvre et permettant la génération des passes jusqu'à l'application de vérification intitulée « TousAntiCovid-Verif ». Cette analyse devra notamment inclure un examen détaillé des flux de données, de leur collecte à leur destruction, ainsi que des opérations de traitement de ces données y compris lors du processus de vérification des preuves par « TousAntiCovid-Verif ».

45. L'AIPD devra en outre identifier les risques liés au traitement du passe sanitaire pour la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des données ainsi que leurs impacts sur la vie privée des utilisateurs de « TousAntiCovid », y compris lors du processus de vérification des preuves via l'outil « TousAntiCovid-Verif », et tenir compte des risques additionnels liés aux bénéfices apportés par ce passe sanitaire pour leur porteur. La Commission attire l'attention du ministère sur le fait que les risques résultant de l'émission frauduleuse, de l'utilisation frauduleuse ou encore de la falsification des preuves numériques contenues dans les certificats devront être pris en compte dans l'analyse, si ces risques ont un impact sur les droits et libertés des personnes souhaitant accéder à des lieux, établissements ou événements dont l'accès est conditionné par une vérification de leur état sanitaire.

46. Enfin, l'AIPD devra lister les mesures techniques et organisationnelles prévues pour minimiser les risques identifiés. La Commission rappelle qu'il est nécessaire que les risques résiduels soient ramenés au niveau le plus faible possible pour être acceptable.

9. **En l'espèce**, force est de constater qu'aucune AIPD n'a été produite et transmise à la CNIL. Celle-ci le relève dans sa 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 (cf.

pièce n° 9) :

« 29. A titre liminaire, la Commission regrette que le Gouvernement ne lui ait transmis ni de dossier technique ni d'AIPD et rappelle au Gouvernement que cette analyse devra être finalisée avant la mise en œuvre effective du dispositif.

10. La décision du ministre met donc en œuvre un traitement de données, en particulier de données sensibles, alors qu'aucune AIPD n'a été produite. Cette absence d'AIPD est d'autant plus préjudiciable que le ministre aurait, par la production de cette analyse, pu constater que le principe de minimisation des données, tel qu'exigé par le RGPD et rappelé par la loi de gestion de la sortie de crise sanitaire, n'est pas respecté et que le dispositif attaqué est donc en l'état illégal. L'absence d'AIPD a donc non seulement nuit à l'information de la population, mais a aussi nécessairement, eu égard notamment aux développements de l'exposante dans sa requête du 11 juin 2021 concernant l'illégalité du dispositif, influé sur la décision prise par le ministre, au sens de la jurisprudence *Danthony* (cf. CE, 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033 ; voir dans ce sens également : CE, 14 octobre 2011, n° 323257).

11. **En conclusion**, la décision du ministre des solidarités et de la santé est illégale en ce qu'elle autorise la délivrance de passes sanitaires contenant des données personnelles, dont des données de santé, alors qu'aucune analyse d'impact sur la protection des données n'a été réalisée au moment de sa mise en œuvre et qu'aucune consultation préalable de l'autorité de contrôle n'a été conduite.

12. Il s'agit là d'une nouvelle illégalité manifeste au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

PAR CES MOTIFS, l'association La Quadrature du Net, exposante, persiste dans ses précédentes conclusions.

Fait à Toulouse, le 14 juin 2021

Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris

BORDEREAU DES PRODUCTIONS

Pièces déjà communiquées :

Pièce n° 1 : Statuts de LQDN ;

Pièce n° 2 : Pouvoir spécial ;

Pièce n° 3 : 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

Pièce n° 4 : Dossier presse du 8 juin 2021 du ministère des solidarités et de la santé et du secrétariat d'État au numérique concernant le dispositif de passe sanitaire ;

Pièce n° 5 : Spécifications techniques des codes « 2D-Doc » publiées par l'ANTS ;

Pièce n° 6 : Exemple de passe sanitaire sous la forme de certificat virologique ;

Pièce n° 7 : Exemple de passe sanitaire sous la forme d'une attestation de vaccination ;

Pièce n° 8 : Délibération de la CNIL 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 (demande d'avis n° 21008691).

Nouvelle pièce :

Pièce n° 9 : Délibération de la CNIL 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 (demande d'avis n° 21010600).