

Contribution extérieure

(dite « porte étroite »)

auprès du

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

sur la saisine n° 2020-800 DC du 9 mai 2020

Produite par

L'Association de Défense des Libertés Constitutionnelles (ADELICO), la Ligue des droits de l'Homme (LDH), le Syndicat des avocats de France (SAF) et le Syndicat de la magistrature (SM)

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs les membres du Conseil,

Le Parlement a adopté l'après-midi du 9 mai 2020, en procédure accélérée, le projet de loi *provoquant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions* déposé le 2 mai. Le Conseil constitutionnel a été destinataire, en vertu de l'article 61 de la Constitution, de saisines émanant notamment du groupe Les Républicains du Sénat (annoncée le 3 mai, 60 sénateurs), du président du Sénat (annoncée le 5 mai), du groupe socialiste de l'Assemblée Nationale (60 députés), et d'une saisine « blanche » du Président de la République lui-même (annoncée le 7 mai) afin de s'assurer de la constitutionnalité de ce texte de loi avant promulgation (saisine n° 2020-800 DC du 9 mai 2020).

Par la présente contribution extérieure, selon les modalités définies par vos communiqués de presse du 23 février 2017 et du 24 mai 2019, nos quatre organisations, avec le soutien d'avocats (Adélaïde Jacquin, Arié Alimi, Emmanuel Daoud, Caroline Zorn), de magistrats (Katia Dubreuil, Sarah Massoud) et d'universitaires faisant partie du réseau de veille sur l'état d'urgence sanitaire (Marie-Laure Basilien-Gainche, Paul Cassia, Véronique Champeil-Desplats, Charles-André Dubreuil, Jean-Philippe Foegle, Stéphanie Hennette-Vauchez, Olga Mamoudy, Thomas Perroud, Stéphanie Renard, Diane Roman, Serge Slama), entendent faire valoir les observations suivantes à l'encontre des dispositions de ce texte de loi ainsi que, conformément à votre jurisprudence « néo-calédonienne », des dispositions législatives antérieures, notamment de celles issues de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 et du Code de la santé publique qui sont modifiées, complétées ou affectées dans leur domaine par le texte adopté (CC, déc. n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 10).

I / Sur la constitutionnalité des dispositions du chapitre 1^{er} prorogeant l'état d'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions relatives à son régime

Sur l'article 2¹ : extension du pouvoir de police sanitaire du Premier ministre

Les dispositions de cet article 2 modifient celles de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique (CSP) créé par l'article 2 de la n° 2020-290 du 23 mars 2020 qui prévoient que « *Dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut, par décret réglementaire pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, aux seules fins de garantir la santé publique : [...]* » adopter un certain nombre de mesures réglementaires générales aux seules fins de lutte contre la catastrophe résultant de l'épidémie du Covid-19.

Sont notamment modifiées les dispositions régissant la réglementation ou l'interdiction de la circulation des personnes et des véhicules, l'accès aux moyens de transport et les conditions de leur usage (I., 1°), la fermeture provisoire ou la réglementation de l'ouverture de certains établissements ou de catégories d'établissements recevant du public « *ainsi que des lieux de réunion, tout en garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité* » (I., 5°), ou encore la réquisition des personnes et de tous biens et services nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire (I., 7°). Par ailleurs, après le 10°, il est ajouté un « II. » régissant le régime des placements en quarantaine (I., 3°) et de mise ou maintien à l'isolement (I., 4°) qui, jusque-là, étaient assurément inconstitutionnelles en l'absence de garanties suffisantes et d'intervention du juge judiciaire dans le plus bref délai possible.

Incompétence négative entachant l'entier article L. 3131-15 CSP

En méconnaissance de l'article 34 de la Constitution, qui confie au seul législateur la fixation des règles concernant la définition des « *garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », les dispositions de l'article L.3131-15 CSP, **pris dans son entier**, sont entachées d'une **incompétence négative** en tant qu'elles confèrent au Premier ministre des pouvoirs trop larges. Elles ne précisent en effet pas les garanties nécessaires à la préservation des libertés publiques et fondamentales, en l'occurrence restreintes dans une proportion sans précédent depuis la Seconde Guerre mondiale.

La seule référence au fait que ces mesures doivent être « *strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu* » et qu'il doit y être « *mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires* » n'est pas suffisante pour être assuré que soit respectées les exigences du « triple test » exigé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel : de telles mesures devraient en effet être non seulement nécessaires et proportionnées, mais aussi adaptées aux circonstances de temps et de lieu et à leurs évolutions.

S'agissant du I. 6°, en particulier, le législateur n'a pas apporté les garanties nécessaires pour assurer, durant la période d'état d'urgence sanitaire, lors du confinement général de la population, mais aussi lors du déconfinement, l'exercice **du droit d'expression collective des idées et des opinions résultant de l'article 11 de la Déclaration de 1789**. Ces dispositions habilite en effet le Premier ministre, par décret réglementaire, de manière très générale et absolue, à « *limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique ainsi que les réunions de toute nature* ».

¹ Les articles sont ceux du texte adopté le 9 mai 2020 par la commission mixte paritaire.

Ainsi, on a pu constater à l'occasion de la fête du travail du 1^{er} mai l'impossibilité **totale** pour les travailleurs de manifester ou, même d'exprimer d'une manière quelconque leurs revendications, en respectant les règles de distanciation sociale. Pourtant, dans plusieurs pays des manifestations ont pu se tenir malgré le confinement général. En outre de nombreux préfets ont adopté localement des arrêtés interdisant tout rassemblement², **y compris postérieurement au déconfinement**. A titre d'illustration, le Tribunal administratif de Polynésie a suspendu un arrêté du Haut-Commissaire de la République du 28 avril 2020 qui interdisait, malgré le déconfinement, tous « *les rassemblements de personnes dans l'espace public et sur la voie publique [...] sur l'ensemble du territoire de la Polynésie française* », c'est-à-dire les réunions de deux personnes et plus dans l'espace public et sur la voie publique, dans le souci d'éviter la propagation du virus. Compte tenu de leur caractère général et absolu, ces mesures ont été jugées « *comme portant à la liberté d'aller et de venir et à la liberté individuelle [sic] une atteinte grave et manifestement illégale* » (TA Polynésie, réf., 6 mai 2020, N°2000288).

On peut craindre, qu'en l'absence de garanties légales fixées par ces dispositions législatives, le pouvoir réglementaire soit tenté, après la date du déconfinement prévue le 11 mai 2020, **de maintenir une interdiction très générale des manifestations et rassemblements sur la voie publique**, y compris ceux respectant les règles sanitaires de distanciation physique selon de nouvelles modalités qui se sont développées dans des pays étrangers. Le Premier ministre a en ce sens adopté le 6 mai 2020 (soit, avant même l'adoption de la loi), une circulaire prescrivant « *De façon générale, [...la limitation] des rassemblements, jusqu'à nouvel ordre, à des groupes de 10 personnes maximum, devant elles-mêmes respecter les règles de distanciation physique* »³.

Or, selon la jurisprudence la plus récente du Conseil constitutionnel, « *la liberté d'expression et de communication, dont découle le droit d'expression collective des idées et des opinions, est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* ». Par suite, « *les atteintes portées à l'exercice de cette liberté et de ce droit doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* » (CC, déc. n° 2019-780 DC du 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, cons. 8).

En outre, il appartient, dans le cadre de l'article 34 de la Constitution, au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public – mais aussi à la santé publique - et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis, au nombre desquels figurent la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 ainsi que le droit d'expression collective des idées et des opinions. Toutefois, des dispositions législatives ne sauraient conférer à l'administration « *le pouvoir **de priver** une personne de son droit d'expression collective des idées et des opinions* » (déc. préc., cons. 22).

Même en période d'état d'urgence, le Conseil a déjà estimé que si la « *Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence* », il appartient néanmoins, « *dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la*

² Cf. ce travail du CREDOF et du M2 droits de l'Homme de Nanterre : « Les mesures locales d'aggravation de l'état d'urgence sanitaire », *La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 29 avril 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/9189>.

³ Instruction n°6164/SF relative à la mise en œuvre territoriale de déconfinement à compter du 11 mai. URL : <https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2020/05/Circulaire-n-6164-SG-du-6-mai-2020-portant-instruction-mise-en-oeuvre-territoriale-deconfinement-11-mai.pdf>.

République ; que parmi ces droits et libertés figure le droit d'expression collective des idées et des opinions, protégé par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » (CC, déc. n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme* [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence], cons. 3). Et dans cette décision, il avait estimé, d'une part, que les dispositions contestées « n'ont ni pour objet ni pour effet de régir les conditions dans lesquelles sont interdites les manifestations sur la voie publique » (*ibid.*, cons. 5) et, d'autre part, s'agissant des possibilités apportées par la loi de 1955 de fermeture des « lieux de réunion de toute nature ainsi que d'interdire les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre » (cons. 6) que ces mesures doivent « être justifiées et proportionnées aux nécessités de la préservation de l'ordre public ayant motivé une telle fermeture » et que « la mesure d'interdiction de réunion doit être justifiée par le fait que cette réunion est « de nature à provoquer ou entretenir le désordre » et proportionnée aux raisons l'ayant motivée ; que celles de ces mesures qui présentent un caractère individuel doivent être motivées ; que le juge administratif est chargé de s'assurer que chacune de ces mesures est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit » (cons. 7).

Or, en l'occurrence, en n'apportant aucune garantie légale conforme aux exigences constitutionnelles, notamment quant à l'étendue de l'interdiction, à sa durée ou aux modalités possibles pour maintenir des formes d'expression collective des idées et des opinions venant encadrer la possibilité pour le Premier ministre par décret réglementaire de « limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique ainsi que les réunions de toute nature », le législateur a non seulement méconnu sa propre compétence définie à l'article 34 de la Constitution, mais aussi violé l'article 11 de la Déclaration de 1789.

Il en est de même s'agissant du I. 5° de l'article L.3131-15 CSP, issu de la loi déferée, qui interdit, sans apporter aucune garantie légale, en violation de l'article 34 de la Constitution (incompétence négative), la possibilité pour le Premier ministre de prévoir, par un décret réglementaire la fermeture ou la réglementation de l'ouverture « des lieux de réunion ». Avec de telles dispositions, le Conseil des ministres pourrait légalement ne plus se tenir. En revanche, s'il siège à 9, votre haut Conseil pourra toujours, en principe, délibérer...

Sur les articles 2,4° à 4 de la loi (régime des quarantaines et isolement)

D'une part, l'article 2, 4° du texte déferé encadre – enfin, car jusque-là ces dispositions étaient assurément contraires à la Constitution – le décret des mises en quarantaine et isolement prévues au I. 3° et 4° de l'article L3131-15 en insérant, après le 10° de cet article un II ainsi rédigé :

« II. – Les mesures prévues aux 3° et 4° du I du présent article ayant pour objet la mise en quarantaine, le placement et le maintien en isolement ne peuvent viser que les personnes qui, ayant séjourné au cours du mois précédent dans une zone de circulation de l'infection, entrent sur le territoire national, arrivent en Corse ou dans l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution. La liste des zones de circulation de l'infection est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé. Elle fait l'objet d'une information publique régulière pendant toute la durée de l'état d'urgence sanitaire.

« Aux seules fins d'assurer la mise en œuvre des mesures mentionnées au premier alinéa du présent II, les entreprises de transport ferroviaire, maritime ou aérien communiquent au représentant de l'État dans le département qui en fait la demande les données relatives aux passagers concernant les déplacements mentionnés au même alinéa, dans les conditions prévues à l'article L. 232-4 du Code de la sécurité intérieure ».

D'autre part, l'article 3 modifie les dispositions de l'article L. 3131-17 CSP.

Relevons que selon les recherches menées par le CREDOF de l'Université Paris Nanterre, le pouvoir du préfet de prononcer des « mises en quarantaine » de quatorze jours (« *quatorzaine* » ou « *confinement renforcé* ») a d'abord, dans le cadre du présent état d'urgence, été utilisé par le Préfet de la Réunion, dans un premier temps uniquement pour « *les personnes ayant séjourné dans une des zones d'exposition [du Covid-19] à risque* » (arrêté préfectoral du 20 mars 2020), puis plus largement pour toute personne entrant sur le territoire réunionnais (arrêté préfectoral du 25 mars 2020).

Le même jour, des arrêtés similaires sur le « confinement renforcé » ont été adoptés en Martinique et à la Guadeloupe (validés par le TA Guadeloupe, réf., 20 avril 2020, n°2000340 confirmés par CE, ord. sans audience, 6 mai 2020, n°440288, *Ordre des avocats au barreau de la Guadeloupe, Saint-Martin et Saint-Barthélemy*).

Le 26 mars 2020, le préfet de Guyane décidait également que « *toute personne entrant sur le territoire de Guyane* » par voie aérienne, terrestre ou maritime, mais aussi toute personne identifiée par l'ARS comme « *personne contact* » d'un cas avéré de Covid-19, fait l'objet d'une mesure « *de confinement de quatorze jours, dit « quatorzaine »* ». Celle-ci est plus stricte que dans les autres départements ultramarins puisque la seule dérogation à l'interdiction de sortie du domicile est le « *motif de santé, prononcé sous avis médical* » (arrêté préfectoral du 26 mars modifié par arrêté préfectoral du 27 mars).

On retrouve le même type de mesures à St Pierre et Miquelon ou en Polynésie française.

A Mayotte, les personnes qui arrivent sur l'archipel sont confinées dans le centre de rétention administrative, réquisitionné par le préfet à cette fin (arrêté préfectoral du 17 avril).

Enfin, depuis le 30 mars 2020, toute personne entrant sur le territoire de La Réunion est, sauf dérogation, obligatoirement confinée **hors de son domicile**, dans un établissement de type hôtelier désigné par la préfecture, sans pouvoir sortir du lieu d'hébergement (arrêtés n°2020-518 du 30 mars 2020 et n°2020-605 du 15 avril 2020). Par ailleurs, depuis le 15 avril 2020, le préfet de la Réunion prescrit dans ses arrêtés prolongeant la mise en quarantaine des personnes entrant sur le territoire de la Réunion que les « *personnes placées en quarantaine sont invités [sic : invitées] à se soumettre à un dépistage RT-PCR du coronavirus COVID-19 avant le quatorzième jour. En cas de refus de se soumettre à ce dépistage, la personne sera, par décision individuelle du préfet, maintenue en quarantaine pour une durée supplémentaire de sept jours* ». Le 9 avril, ce préfet a été encore plus loin. Confronté à la situation d'un village de 277 habitant.e.s (Cécilia à Matoury), dans lequel 21 personnes ont été testées positives au Covid-19 (et une personne décédée), il a, comme au temps des colonies, pris un arrêté plaçant collectivement, pour quatorze jours, en « quarantaine stricte » le village entier. Aucune entrée ou sortie n'est autorisée, sauf pour motif de santé ; le ravitaillement est assuré en lien avec le maire de Matoury. Si, en métropole, des mises en quarantaine strictes ont déjà été décidées (180 Français rapatriés du Wuhan confinés dans le centre de vacances de Carry-le-Rouet et ultérieurement dans d'autres structures d'hébergement en Normandie et dans le Sud de la France, clusters de villages de l'Oise, de Courchevel et de Contamines Montjoie et, plus récemment marins du porte-avion Charles-de-Gaulle), celles-ci n'étaient pas collectives, ni effectuées sans recensement ni notification individuelle des personnes concernées. Or, selon les statistiques du préfet de la Réunion, entre le 30 mars 2020 et le 6 mai 2020, **1 455 personnes ont été placées en quarantaine** dans un lieu d'hébergement dédié et **811 personnes ont été testées par PCR** à la fin de leur séjour en quarantaine, parmi lesquels 8 cas positifs ont été pris en charge en transport sanitaire pour consultation au CHU. Aucune personne n'aurait refusé le test.

Ainsi depuis le début de l'état d'urgence sanitaire, ce sont **des milliers de personnes** qui ont été placées en quarantaine outre-mer sans aucune intervention du juge judiciaire ni même d'un

quelconque contrôle juridictionnel. Fort de l'expérience de ce laboratoire de la quatorzaine, il apparaît nécessaire d'être particulièrement vigilant sur la généralisation du dispositif qui résulterait de la loi.

Sur l'articulation entre l'article L. 3131-15 II et l'article L. 3131-17 et l'incompétence négative du législateur

Les dispositions **du II de l'article L. 3131-15**, issu du 4° de l'article 2 du texte déferé, encadrent le pouvoir conféré au Premier ministre par les 3° et 4° du I du même article, concernant **le placement ou le maintien à l'isolement ou la mise en quarantaine des personnes venant de l'extérieur**.

L'article L. 3131-15 II. prévoit notamment que les entreprises de transport ferroviaire, maritime ou aérien communiquent au représentant de l'Etat, dans le département qui en fait la demande, les données de réservation concernant les déplacements de personnes entrant sur le territoire national, arrivant en Corse ou dans l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution, lorsqu'elles sont en provenance d'une zone de circulation de l'infection. Sur ce fondement, le préfet peut prescrire une quarantaine ou un placement à l'isolement de ces personnes pour une durée initiale de 14 jours.

Pour autant, l'article L. 3131-17 selon lequel les mesures individuelles de quarantaine ou d'isolement pouvant être prises par le préfet doivent être motivées, prévoit notamment que la mesure d'isolement est « *subordonnée à la constatation médicale de l'infection de la personne concernée* ». Il en résulte *a contrario* que les mesures de placement en quarantaine peuvent viser des personnes chez qui l'infection n'a pas été constatée.

L'articulation des dispositions précitées (L. 3131-15 II. et L. 3131-17) révèle **la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence en violation de l'article 34 de la Constitution** à deux égards.

En premier lieu, le législateur n'a pas clarifié les conditions dans lesquelles le diagnostic des personnes entrant sur le territoire national, arrivant en Corse ou dans l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution, **serait réalisé**. Plus précisément, alors même qu'il prescrit que seules les personnes testées positives peuvent être placées à l'isolement, le législateur a omis d'encadrer l'hypothèse dans laquelle une personne se présentant aux frontières du pays **refuserait de se soumettre à un test** – décision qui ne saurait lui être reprochée, toute personne disposant, en vertu de l'article 16-3 du Code civil (« *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ») comme en vertu de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique (« *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* »), d'une protection contre l'imposition de quelque acte médical que ce soit. Dès lors, le simple fait pour une personne de refuser de se soumettre à un test diagnostique de l'affection Covid-19 pourrait faire échec à l'exécution par le préfet de son pouvoir de placement à l'isolement.

La même personne pourrait cependant être, contre son consentement, alors placée en quarantaine, dès lors que le législateur n'a ici pas subordonné cette mesure administrative à la constatation de l'infection. Et on peut craindre que, comme cela se passe déjà à la Réunion (v. *supra*), une personne qui refuse le test reste davantage de temps en quarantaine. En effet, le préfet de la Réunion justifie la durée supplémentaire de 7 jours imposée aux personnes refusant le test, par le fait qu'alors **même que les connaissances scientifiques en la matière sont controversées**, « *la*

documentation scientifique confirme qu'à l'issue de la période maximale de 14 jours d'incubation du SARS-CoV-2, le porteur asymptomatique peut être contagieux pendant encore 7 jours ».

En second lieu, le législateur prévoit encore que « *les mesures de quarantaine, le placement et le maintien en isolement peuvent se dérouler, aux choix des personnes qui en font l'objet, à leur domicile ou dans les lieux d'hébergement adapté* ». Dès lors qu'il entend ici définir le statut et les droits des personnes qui se présentent aux frontières du territoire national et de certaines de ses fractions insulaires, **le législateur aurait dû expliciter les conditions dans lesquelles les personnes seraient acheminées**, le cas échéant, vers leur domicile ou le lieu d'hébergement choisi pour la mesure dont elles feraient l'objet. L'absence de dispositions fixant les principes qui encadrent les transferts de ces personnes depuis les frontières où elles seraient identifiées vers les endroits où elles seraient confinées est de nature à fragiliser leurs droits.

Il serait en effet étonnant qu'une personne formellement placée en quarantaine voire, si elle est contaminée, à l'isolement, puisse, sans être accompagnée spécifiquement, prendre, comme si de rien n'était, les transports publics avec un simple masque non chirurgical, pour exécuter la prescription préfectorale à son domicile, celui-ci pouvant être distant de plusieurs centaines de kilomètres (par exemple atterrissage à Roissy et quarantaine dans le Sud de la France).

En outre, les dispositions par lesquelles le législateur a entendu prescrire que **ni les enfants victimes de violences ni, de manière générale, les victimes de violences** mentionnées à l'article 132-80 du Code pénal, ne pourraient être isolées ou mises en quarantaine avec l'auteur des violences paraissent, en l'état, **cosmétiques et impossibles à rendre effectives**. Eu égard aux circonstances spécifiques dans lesquelles des mesures de quarantaine ou d'isolement pourraient être prises, on voit mal par quelles opérations matérielles les agents de l'Etat qui accueilleraient les personnes aux frontières du territoire national, en Corse ou dans l'une des collectivités de l'article 72-3 de la Constitution seraient en mesure d'identifier les victimes de telles violences. Il n'existe en effet aucun traitement automatisé des ordonnances de protection ni des victimes de violence, et l'on imagine mal qu'une enquête systématique sur ce point puisse être menée à l'arrivée sur le territoire par des agents dont ce n'est ni la formation ni la mission. Et on ne saurait admettre que l'autorité administrative sépare les membres d'une famille sur le fondement de seules « allégations » de violences exprimées, après des heures de vol, aux frontières devant des policiers.

De sorte que, hormis l'hypothèse où il y aurait eu une condamnation pénale de l'auteur des violences, inscrite à son casier judiciaire et donc consultable à ce titre, l'identification de situations de violences conjugales ou familiales paraît impossible en amont immédiat d'une hypothétique mesure de quarantaine ou d'isolement.

Sur la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution

Le II de l'article L. 3131-15 prévoit également une distinction entre deux régimes de quarantaine et d'isolement : **l'un est complet, l'autre non**.

Ainsi, **dans le régime le plus rigoureux**, le placement à l'isolement ou en quarantaine s'accompagne de l'interdiction faite à la personne de toute sortie hors de son domicile ou de son lieu de quarantaine. *A contrario*, le régime moins rigoureux permettrait certaines sorties et pourrait borner l'interdiction à la fréquentation de certains lieux.

Le législateur attache à cette distinction **une différence très importante en termes de garanties et protections apportées à la liberté individuelle**. En effet, si toutes les mesures d'isolement ou de quarantaine ouvrent droit au recours « *à tout moment* » devant le juge des libertés et de la détention du ressort, ce n'est que « *lorsque la mesure interdit toute sortie de l'intéressé hors du lieu*

où la quarantaine ou l'isolement se déroule » que la poursuite de la mesure au-delà du délai de 14 jours suppose qu'elle ait été autorisée par le JLD. **Une telle distinction méconnaît la prescription de l'article 66 de la Constitution aux termes duquel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle ainsi que le droit à la sûreté garanti par les articles 2 et 4 de la Déclarations de 1789.**

En effet, d'une part, il découle de l'article 66 de la Constitution que seul le juge judiciaire est compétent – et que son intervention est requise – lorsqu'il y a privation de liberté. Dans sa décision n°2015-527 QPC, le Conseil constitutionnel a jugé, à propos des assignations à résidence prononcées sur le fondement de la loi du 3 avril 1955, que « *la place horaire maximale de l'astreinte à domicile (...), fixée à douze heures par jour, ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté* » (CC, déc. n° 2015-527 QPC du 22 déc. 2015, *M. Cédric D.* [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence], cons. 6).

Ainsi, une mesure de police administrative qui prévoit l'obligation pour une personne de rester chez soi plus de 12 heures par jour doit être regardée, de ce seul fait, comme une mesure privative de liberté soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution.

Or, par hypothèse, le placement à l'isolement ou en quarantaine, y compris lorsque la mesure n'est pas totale, **supposent que l'astreinte soit bien supérieure à douze heures** par jour et puisse précisément aller jusqu'à 24 heures par jours -et cela, pour une durée standard de 14 jours.

D'autre part, le Conseil constitutionnel a également jugé que « *les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement peuvent être pris en compte pour la fixation de ce délai ; qu'en prévoyant que l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire* » (CC, déc. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.* [Hospitalisation sans consentement], cons. 25)⁴.

Mais en l'occurrence les quarantaines n'ont **aucune finalité thérapeutique** bénéficiant individuellement à la personne confinée mais visent, dans un but de santé publique « collectif », à prévenir la propagation de l'épidémie. La situation visée par la loi de prorogation de l'état d'urgence sanitaire ne saurait donc être lue au prisme des 15 jours maximum (12 jours en réalité, cf. L. 3211-1 et suivants CSP) permis par la jurisprudence constitutionnelle relative à l'hospitalisation sans consentement.

Il faut donc considérer que les deux régimes de l'isolement et de la quarantaine prévus par l'article L. 3131-15 II (le régime total et le régime moins rigoureux) sont **également privatifs de liberté**, de sorte que le fait que l'intervention du JLD ne soit requise que dans l'un des deux cas pour autoriser la prolongation de la mesure au-delà de 14 jours méconnaît l'article 66 de la Constitution.

Sur le droit de consentir aux soins

Le régime de quarantaine et d'isolement qui vient d'être décrit suppose par ailleurs que les personnes placées en régime de quarantaine se soumettent à des tests.

Or, le test « PCR » constitue un prélèvement biologique à l'intérieur de la cavité nasale. La seule circonstance dans laquelle le refus d'un prélèvement biologique produit des effets défavorables pouvant mener à une privation de liberté pour la personne en droit français a été prévue par la loi

⁴ Rappelons que suite à cette décision, et à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH, 2011, *Baudouin*), le législateur a entièrement confié le contrôle de ces hospitalisations sans consentement qui intervient dans les 12 jours du placement par le préfet.

n°98-468 du 17 juin 1998 qui a créé l'article 706-56 du Code de procédure pénale prévoyant que le fait pour une personne inquiétée par la justice (v. art. 706-54 CPP : personnes déclarées coupables de certaines infractions, à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis une infraction ou à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis une infraction) « de refuser de se soumettre au prélèvement biologique prévu au premier alinéa du I est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

Ainsi, **en vertu de l'article 34 de la Constitution, seul le législateur peut créer un tel régime de sanction** ; encore ne peut-il envisager qu'il puisse être procédé d'office à un tel prélèvement, au risque de méconnaître les exigences de l'article 66 de la Constitution, que par « un officier de police judiciaire », « dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction judiciaires », « sous le contrôle du procureur de la République ou du juge d'instruction, lesquels dirigent son activité conformément aux dispositions du Code de procédure pénale » (CC, n°2010-25 QPC, 16 sept. 2010).

On peut aussi rappeler que l'article 16-3 du Code civil prescrit qu' « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir » ou, encore, que l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose qu'« *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ».

Pour que les dispositions contrôlées soient déclarées conformes à la Constitution il nous paraît donc indispensable que le Conseil constitutionnel formule une réserve d'interprétation sur le fait que les personnes placées en quarantaine devront **nécessairement consentir aux tests et soins** afin de respecter leur droit à la liberté personnelle.

Sur la constitutionnalité de l'article 5 (verbalisation, L. 3136-1 CSP)

Sur l'élargissement des agents compétents pour constater l'irrespect des mesures de police administrative prise par le ministre de la Santé en application de l'article L. 3131-15 du CSP

1. Rappel des dispositions et de leurs effets

Aux termes de l'article 5 du texte déféré, il est indiqué :

2° Avant le dernier alinéa, sont insérés trois alinéas ainsi rédigés :

« Les agents mentionnés aux 4° et 5° du I de l'article L. 2241-1 du Code des transports peuvent également constater par procès-verbaux les contraventions prévues au troisième alinéa du présent article consistant en la violation des interdictions ou obligations édictées en application du 1° du I de l'article L. 3131-15 du présent Code en matière d'usage des services de transport ferroviaire ou guidé et de transport public routier de personnes, lorsqu'elles sont commises dans les véhicules et emprises immobilières de ces services. Les articles L. 2241-2, L. 2241-6 et L. 2241-7 du Code des transports sont applicables.

« Les agents mentionnés au II de l'article L. 450-1 du Code de commerce sont habilités à rechercher et constater les infractions aux mesures prises en application des 8° et 10° du I de l'article L. 3131-15 du présent Code dans les conditions prévues au livre IV du Code de commerce.

« Les personnes mentionnées au 11° de l'article L. 5222-1 du Code des transports peuvent également constater par procès-verbaux les contraventions prévues au troisième alinéa du présent article consistant en la violation des interdictions ou obligations édictées en application du 1° du I

de l'article L. 3131-15 du présent Code en matière de transport maritime, lorsqu'elles sont commises par un passager à bord d'un navire. »

Pour mémoire, aux termes de l'article L.3136-1 du Code de la santé publique :

« Le fait de ne pas respecter les mesures prescrites par l'autorité requérante prévues aux articles L. 3131-8⁵ et L. 3131-9⁶ est puni de six mois d'emprisonnement et de 10 000 Euros d'amende.

Le fait de ne pas respecter les réquisitions prévues aux articles L. 3131-15 à L. 3131-17 est puni de six mois d'emprisonnement et de 10 000 € d'amende ».

La violation des autres interdictions ou obligations édictées en application des articles L. 3131-1⁷ et L. 3131-15 à L. 3131-17⁸ est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe. Cette contravention peut faire l'objet de la procédure de l'amende forfaitaire prévue à l'article 529 du Code de procédure pénale. Si cette violation est constatée à nouveau dans un délai de quinze jours, l'amende est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe.

Si les violations prévues au troisième alinéa du présent article sont verbalisées à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, les faits sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général, selon les modalités prévues à l'article 131-8 du Code pénal et selon les conditions prévues aux articles 131-22 à 131-24 du même Code, et de la peine complémentaire de suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire lorsque l'infraction a été commise à l'aide d'un véhicule.

Les agents mentionnés aux articles L. 511-1, L. 521-1, L. 531-1 et L. 532-1 du Code de la sécurité intérieure peuvent constater par procès-verbaux les contraventions prévues au troisième alinéa du présent article lorsqu'elles sont commises respectivement sur le territoire communal, sur le territoire pour lequel ils sont assermentés ou sur le territoire de la Ville de Paris et qu'elles ne nécessitent pas de leur part d'actes d'enquête.

L'application de sanctions pénales ne fait pas obstacle à l'exécution d'office, par l'autorité administrative, des mesures prescrites en application des articles L. 3131-1 et L. 3131-15 à L. 3131-17 du présent Code ».

Aux termes de cet article L.3131-16-1 dans sa version adoptée le 23 mars 2020, étaient compétents pour constater les violations des dispositions du Code de la santé publique, outre la police nationale et la gendarmerie nationale :

- les agents de police municipale (L.511-1 du CSI) ;
- les gardes champêtres (L.521-1 du CSI) ;
- les agents de la ville de Paris (L.531-1 du CSI) ;
- les contrôleurs relevant du statut des administrations parisiennes exerçant leur fonction dans la spécialité voie publique et les agents de surveillance de Paris (L. 532-1 du CSI).

⁵ Réquisitions dans un établissement de santé

⁶ Compétence du préfet pour L3131-8

⁷ Compétence du ministre de la santé, pendant l'EUS et après pour prendre toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population.

⁸ Décisions du ministre : circulation, confinement, quarantaine, isolement, fermeture d'établissements, rassemblement, réquisitions, contrôle des prix, médicaments, liberté d'entreprendre. L.3131-16 – mesures individuelles devant permettre l'application de L3131-15. L.3131-17 compétences du préfet pour prendre les mesures individuelles /générales d'applications de L.3131-15 et L.3131-16.

Seront dorénavant compétents pour contrôler le respect de l'ensemble des mesures générales prises en application des dispositions de l'article L.3131-15 CSP, et plus précisément :

- **Les agents de police judiciaire adjoints suivants** : les fonctionnaires des services actifs de police nationale ne remplissant pas les conditions prévues par l'article 20 du Code de procédure pénale ; les volontaires servant en qualité de militaire dans la gendarmerie et les militaires servant au titre de la réserve opérationnelle de la gendarmerie nationale ne remplissant pas les conditions prévues par l'article 20-1 du Code de procédure pénale ; que les adjoints de sécurité mentionnés à l'article 36 de la loi n°95-73 du 21 janvier 1995⁹ et les membres de la réserve civile de la police nationale qui ne remplissent pas les conditions prévues à l'article 20-1 du Code de procédure pénale (article 21 du CPP) ;
- **Pour les interdictions/obligations relatives à la restriction ou l'interdiction de la circulation des personnes et des véhicules (en application du 1° I de l'article L3131-15 du CSP)** : les agents assermentés de l'exploitant du service de transport ou les agents assermentés d'une entreprise de transport agissant pour le compte de l'exploitant ; les agents missionnés services interne de sécurité de la SNCF et de la Régie autonome des transports parisiens (L. 2241-1 4°, 5° du I du Code des transports) ; pour ces mêmes interdictions et obligations, les capitaines des navires à bord seront compétents (11° de l'article L.5222-1 du Code des transports) ;
- **Pour les mesures de contrôle des prix de certains produits et relatives à la liberté d'entreprendre (8 et 10° de L.3131-15 CSP)** : en particulier, les fonctionnaires habilités à cet effet par le ministre chargé de l'économie.

2. Sur la conformité à la Constitution de ces dispositions

2.1. En droit

Les dispositions en question sont contraires à l'article 12 de la Déclaration de 1789 ainsi qu'à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui en a précisé la portée.

Aux termes de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 :

« La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée. »

Le Conseil constitutionnel rappelle qu'en application de l'article 12, *« la force publique nécessaire à la garantie des droits de l'homme et du citoyen est instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée »* (DC n°89-268, 29 déc. 1989).

Il résulte de ces dispositions **une interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale** inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits, comme le Conseil d'État l'a formulé depuis longtemps dans son

⁹ II. Les adjoints de sécurité peuvent être nommés au 1er échelon du grade de gardien de la paix de la police nationale :

- à titre posthume, lorsqu'ils sont blessés mortellement dans l'exercice de leurs fonctions ;

- à titre exceptionnel, lorsqu'ils ont été grièvement blessés à l'occasion d'une mission de police.

En cas d'incapacité physique reconnue par le comité médical compétent, ils peuvent faire l'objet d'un reclassement au sein d'un corps de fonctionnaires relevant de l'autorité du ministre de l'intérieur. Dans ce cas, la titularisation est prononcée après avis de la commission administrative paritaire du corps d'accueil.

Pour les fonctionnaires nommés dans les conditions prévues ci-dessus, les prescriptions de l'article 22 sont applicables.

arrêt d'Assemblée *Ville de Castelnaudray* du 17 juin 1932 et rappelé constamment par le juge administratif : « l'état du droit interdit à toute personne publique détentrice d'un pouvoir de police de déléguer son exercice à une personne de droit privé ». C'est ainsi qu'a été jugé illégale la délégation à une entreprise privée de la tâche de constater les infractions aux règlements de police relatifs aux stationnements (CE, 1^{er} avril 1994, *Commune de Menton*, Rec. Lebon, p. 175).

Pour contrôler la conformité de dispositions législatives à la Constitution, le Conseil constitutionnel s'attache à examiner **la nature de la mission déléguée à des opérateurs privés**.

D'une part, s'il s'agit d'une **mission de police administrative générale**, les dispositions peuvent être déclarées contraires à la Constitution : c'est ainsi qu'examinant la conformité à la constitution des dispositions de la loi *LOPPSI 2*, et notamment celles qui prévoyaient que :

« Après information du maire de la commune concernée, les autres personnes morales peuvent mettre en œuvre sur la voie publique un système de vidéoprotection aux fins d'assurer la protection des abords de leurs bâtiments et installations, dans les lieux susceptibles d'être exposés à des actes de terrorisme ou particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol », le Conseil constitutionnel a jugé « qu'en autorisant toute personne morale à mettre en œuvre des dispositifs de surveillance au-delà des abords « immédiats » de ses bâtiments et installations et en confiant à des opérateurs privés le soin d'exploiter des systèmes de vidéoprotection sur la voie publique et de visionner les images pour le compte de personnes publiques, les dispositions contestées permettent d'investir des personnes privées de missions de surveillance générale de la voie publique ; que chacune de ces dispositions rend ainsi possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits ; que, par suite, doivent être déclarés contraires à la Constitution le douzième alinéa du 1° ainsi que les b) et c) du 2° de l'article 18 ; que, par voie de conséquence, le premier alinéa du 1° de l'article 18 de la loi déferée doit conduire à remplacer le seul premier alinéa du II de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 par les dix alinéas prévus par ce 1° » (Cons. Const. 10 mars 2011, n°2011-625 DC).

En revanche, lorsque la mission confiée aux agents de droit privé n'est pas une mission dite « inhérente à l'exercice de la force publique », le Conseil constitutionnel a pu juger qu'il n'y avait pas d'inconstitutionnalité.

Saisi à propos de la conformité à l'article 12 de DDHC de 1789 des dispositions qui répriment les entreprises de transport aérien qui débarquent sur le territoire français un étranger non ressortissant d'un Etat de l'Union européenne démunie d'un document de voyage/ visa requis, dont il était soutenu qu'elles étaient inconstitutionnelles dès lors qu'elles avaient pour effet de déléguer au transporteur, en violation de l'article 12 de la DDHC, l'accomplissement d'opérations de contrôle incombant aux seules autorités publiques, le Conseil a jugé que « les irrégularités manifestes qu'il appartient au transporteur de déceler sous peine d'amende, en application des dispositions contestées, lors, au moment de l'embarquement, du contrôle des documents requis, sont celles susceptibles d'apparaître à l'occasion d'un examen normalement attentif de ces documents par un agent du transporteur. En instaurant cette obligation, le législateur n'a pas entendu associer les transporteurs aériens au contrôle de la régularité de ces documents effectué par les agents de l'Etat en vue de leur délivrance et lors de l'entrée de l'étranger sur le territoire national. Par conséquent, le grief tiré de la méconnaissance des exigences résultant de l'article 12 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ». (CC, 25 oct. 2019, n°2019-810 QPC).

Dans le même sens, les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 332-1 du Code du sport qui permettent aux organisateurs de refuser ou d'annuler la délivrance de titres d'accès à ces

manifestations ou d'en refuser l'accès aux personnes qui ont contrevenu ou contreviennent aux dispositions des conditions générales de vente ou du règlement intérieur relatives à la sécurité de ces manifestations, aux fins de contribuer à la sécurité des manifestations sportives à but lucratif, n'aboutissent pas à ce que le législateur leur ait délégué une activité inhérente à l'exercice de la force publique. Par conséquent, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 12 de la Déclaration de 1789 doit être écarté. (CC, 16 juin 2017, n°2017-637QPC).

D'autre part, le Conseil constitutionnel s'attache à **contrôler si les missions de police déléguées le sont dans des circonstances particulières et suffisamment encadrées** : ainsi, dans sa décision DC n°2003-467 du 13 mars 2003 relative à la loi pour la sécurité intérieure, c'est parce que les contrôles pouvant être opérés par des personnels de sécurité privés sur les bagages sont strictement définis au regard des circonstances lesquelles ce contrôle intervient, pour un temps et dans un lieu déterminé, que ces contrôles ne portent pas d'atteinte à la liberté individuelle et qu'ils sont soumis au contrôle du juge administratif, qu'ils peuvent être jugés conformes à la Constitution (CC, n°2003-467 DC du 13 Mars 2003, cons. 97).

Enfin, la conformité à la Constitution de dispositions législatives au regard de l'article 12 de la DDHC de 1789 est **souvent examinée au regard des articles 66 et 34 de la Constitution** : le Conseil constitutionnel s'attache à examiner si l'extension de la compétence des agents privés de procéder à des contrôle d'identité offre des garanties suffisantes contre les atteintes arbitraires à la liberté individuelle, étant entendu que les atteintes à la liberté individuelle doivent rester entre les mains des seules personnes soumises au contrôle de l'autorité judiciaire.

Il est en effet constant que les fonctionnaires de police judiciaire et de la gendarmerie nationale exercent sous le contrôle de l'autorité judiciaire, et ont leurs missions encadrées par des règles précises et un Code de déontologie, ce qui les différencie des agents privés pouvant être ponctuellement habilités à exercer une mission de police. Il existe par ailleurs un Code de déontologie applicable aux acteurs des activités de sécurité privée sous le contrôle du Conseil national des activités privées de sécurité (R. 631-1 et R. 632-1 et s. du Code de la sécurité intérieure).

A titre d'exemple, en matière de sûreté aéroportuaire, le Code de l'aviation civile précise bien que les exploitants des aérodromes civils sont tenus d'assurer diverses missions de sécurité « sous l'autorité du titulaire des pouvoirs de police » (L. 6341-2). Dans ce cadre, les exploitants peuvent avoir recours à des entreprises privées de sécurité dont les agents doivent être doublement agréés par le Procureur de la République et le préfet (L. 6342-2).

De ce fait, le Conseil constitutionnel admettra que peut être déléguée à des personnes privées l'exercice de missions de surveillance générale de la voie publique, dans la mesure où leur mission est contrôlée par des officiers de police judiciaire dont l'exercice des missions est soumis à l'autorité d'un juge. Ainsi, dans sa décision n°2017-695 QPC du 29 mars 2018, le Conseil constitutionnel a jugé les dispositions de l'article 1er de la loi du 30 octobre 2017, relatives aux périmètres de protection, conformes à la Constitution sous trois réserves d'interprétation, dont une relative aux missions de surveillance exercées par des personnes privées. On soulignera que le Conseil constitutionnel avait **relevé d'office** le grief tiré contre des dispositions législatives permettant de confier à des agents de sécurité privée la mise en œuvre de certaines opérations de contrôle au sein des périmètres de protection, au regard des exigences résultant de l'article 12 de la DDHC de 1789. Le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur, tout en permettant d'associer des personnes privées à l'exercice de missions de surveillance générale de la voie publique, avait prévu que ces personnes ne pouvaient qu'assister les agents de police judiciaire et étaient « placées sous l'autorité d'un officier de police judiciaire ». Le Conseil constitutionnel a conclu qu'il appartenait aux autorités publiques de prendre les dispositions afin de s'assurer que fût continûment garantie l'effectivité du contrôle exercée sur ces personnes par les officiers de police judiciaire.

De fait, de nombreuses missions de police exercées par des agents privés sont aujourd'hui soumises **au contrôle d'un officier de police judiciaire** (contrôle d'accès aux enceintes sportives tels que prévus par l'article L.613-3 du Code de la sécurité intérieure par exemple ; idem pour les contrôles dans les aéroports L. 6342-4 exercés sous le contrôle des officiers et des agents de police judiciaire ainsi que les agents des douanes), étant entendu que certains de ses contrôles sont subordonnés à l'accord de la personne contrôlée (c'est le cas pour les contrôles aux abords des manifestations sportives)

Pour ce qui concerne les transports en commun, les articles L.2241-2 et L.2241-6 du Code des transports prévoient l'information ou la possible intervention d'un officier de police judiciaire en cas de refus de contrôle d'identité, d'interdiction de monter dans un véhicule ou l'obligation d'en descendre.

3. En l'espèce

Les dispositions litigieuses visent, ainsi qu'il a été dit au 1° ci-dessus, à élargir les catégories d'agents habilités à constater par procès-verbal la violation de certaines dispositions prises sur le fondement de l'état d'urgence sanitaire.

En ce qui concerne la nature des faits constatés, ils varient selon les agents habilités.

En effet et pour ce qui est des « *agents mentionnés aux articles L. 511-1, L. 521-1, L. 531-1 et L. 532-1¹⁰ du Code de la sécurité intérieure* », ces derniers ont été rendus compétents pour « *constater par procès-verbaux les contraventions prévues au troisième alinéa du présent article lorsqu'elles sont commises respectivement sur le territoire communal, sur le territoire pour lequel ils sont assermentés ou sur le territoire de la Ville de Paris et qu'elles ne nécessitent pas de leur part d'actes d'enquête* », alors que pour les agents de police judiciaire adjoints, la limitation de territoire n'est pas prévue par les nouvelles dispositions adoptées le 8 mai 2020.

Il s'agit donc d'exécuter une mission incombant normalement à la police et à la gendarmerie de constat des infractions, portant sur les contraventions relatives aux « *interdictions ou obligations édictées en application des articles L. 3131-1¹¹ et L. 3131-15 à L. 3131-17¹²* » à l'exclusion des manquements aux réquisitions prévues par les articles L. 3131-15 et L. 3131-17 du Code de la santé publique, commises sur le territoire sur lesquels ces agents étaient assermentés.

Force est toutefois de rappeler qu'aux termes de la loi du 23 mars 2020, **il n'était pas prévu que ces missions soient exercées sous le contrôle d'un agent ou d'un officier de police judiciaire.**

Du reste, le présent projet de loi confie **la compétence à d'autres agents privés**, dont les missions ne sont pas non plus strictement encadrées par loi et ne sont pas soumises au contrôle de l'autorité judiciaire.

¹⁰ Les agents de police municipale (L.511-1 du CSI) ; les gardes champêtres (L.521-1 du CSI) ; les agents de la ville de Paris (L.531-1 du CSI) ; les contrôleurs relevant du statut des administrations parisiennes exerçant leur fonction dans la spécialité voie publique et les agents de surveillance de Paris (L. 532-1 du CSI).

¹¹ Compétence du ministre de la santé, pendant l'EUS et après pour prendre toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population.

¹² Décisions du ministre : circulation, confinement, quarantaine, isolement, fermeture d'établissements, rassemblement, réquisitions, contrôle des prix, médicaments, liberté d'entreprendre. L.3131-16 – mesures individuelles devant permettre l'application de L.3131-15. L.3131-17 compétences du préfet pour prendre les mesures individuelles /générales d'applications de L.3131-15 et L.3131-16.

L'élargissement des compétences ainsi réalisé au profit d'agents privés rappelle celui dont avaient bénéficié les agents de la SUGE et GPSR au sujet duquel le Défenseur des droits avait craint qu'il ne conduise à des atteintes aux libertés des usagers (avis 15-27 du 11 décembre 2005 insistant sur la formation et le contrôle des agents).

Dans le même ordre d'idée, c'est au motif d'**une absence de contrôle suffisant des agents privés** que le Conseil constitutionnel a sanctionné la loi dans sa décision de mars 2011.

Or, en l'espèce, les prérogatives qui seraient confiées à ces agents sont également de « **constater par procès-verbaux** » des contraventions.

Le champ des contrôles est **trop peu encadré voire peu intelligible** :

- ainsi, pour les agents de transports et les capitaines de navire, il est renvoyé aux dispositions de l'article L. 3131-15- 1° du Code de la santé publique, qui indiquent que le premier ministre peut « *1° Restreindre ou interdire la circulation des personnes et des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par décret* ». En outre, il est indiqué aux termes de ce même article 5 en ce qui concerne les agents de transport que le constat des contraventions pourra se faire lorsqu'il s'agit de la violation de l'article L.3131-15 1° « *en matière d'usage des services de transport ferroviaire* », et « *de transport public routier* ».

Si l'on s'en tient uniquement au texte, alors il s'agirait de confier la compétence aux agents des transports de constater que les passagers respectent bien les conditions requises pour se déplacer, conformément aux règles fixées par décret.

Ce contrôle s'opérant dans les conditions fixées aux articles L. 2241-2 et L. 2241-6 du Code des transports, on peut s'interroger sur les caractères nécessaires adaptés et proportionnés de mesures telles que le maintien de l'utilisateur à disposition de l'agent privé en cas de refus de fournir son identité ou d'obtempérer ; l'interdiction de monter dans le véhicule ou l'obligation d'en descendre qui pourraient être imposées en cas de non port d'un masque par exemple (hypothèse confirmée lors des débats parlementaires). Dans ce dernier cas, en particulier, l'encadrement légal semble très lâche : les agents « *peuvent* » exiger d'un usager qu'il descende ou qu'il ne monte pas dans le véhicule au motif qu'il ne porterait pas de masque.

Ces prérogatives semblent par ailleurs trop peu encadrées lorsqu'il est question de s'assurer du respect des mesures adoptées dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

Ainsi, le texte aurait dû **indiquer les conditions dans lesquelles, après avoir été verbalisée, une personne peut demeurer ou monter dans un véhicule**, afin que les atteintes portées à la liberté d'aller et venir soient jugées adaptées et proportionnées au but poursuivi.

En particulier, rien n'est prévu qui impose de proposer un masque aux personnes qui en sont dépourvues afin qu'elles **puissent poursuivre leur trajet comme l'exige la liberté d'aller et venir**, condition elle-même de l'exercice de la liberté du travail ou d'entreprendre, etc., et comme l'exige la sécurité des autres passagers.

En outre, il est prévu à l'article L.2241-6 al.4 que ces deux mesures doivent être appliquées de manière proportionnée en tenant compte de la vulnérabilité éventuelle de la personne, en fonction de son âge ou de son état de santé, ce qui interdit de les appliquer, notamment, aux personnes sans domicile. Celles-ci doivent donc pouvoir monter et demeurer dans un véhicule sans porter de masque. Or ici encore, rien n'est prévu qui impose de proposer un masque aux personnes vulnérables qui en

sont dépourvues afin qu'elles puissent poursuivre leur trajet dans des conditions sanitaires satisfaisantes.

Il en va de même pour les dispositions relatives aux agents habilités par le ministère de l'Economie, qui seraient compétents pour constater des contraventions aux seules dispositions en matière de contrôle des prix et de liberté d'entreprendre.

L'exécution de ces missions est par ailleurs encadrée **par des contraintes de lieu** :

- pour les agents de transport, les contraventions pourront être constatées « *lorsqu'elles sont commises dans les véhicules et emprises immobilières* » ;
- en ce qui concerne les capitaines de navire, il est uniquement prévu que ces constats pourront intervenir « *lorsqu'elle sont commises par un passager à bord d'un navire* » ; sans plus de précision.

En revanche, les agents habilités par le ministère de l'Economie ne voient pas leurs missions encadrées territorialement, puisqu'il est uniquement renvoyé aux dispositions du titre IV du Code de commerce qui fixent les règles relatives à la liberté des prix et à la concurrence.

Il est par ailleurs constant que pour aucun de ces agents nouvellement compétents, il n'est prévu que le constat de ces contraventions serait susceptible d'être opéré sous le contrôle d'un agent ou d'un officier de police judiciaire. En effet, pour ce qui concerne les agents de transports, l'intervention potentielle d'un officier de police judiciaire ou son information n'est prévue par les textes qu'en cas de refus de justifier son identité ou en cas d'interdiction de monter dans un véhicule ou d'obligation d'en descendre.

Il résulte de ce qui précède que des agents dont les missions sont parfois très peu encadrées, pourront, dans des conditions insuffisamment précises quant à la nature même des constats et des contraventions sur lesquelles ils portent, établir des procès-verbaux visant à constater une infraction pénale.

Cette absence d'encadrement des missions des personnes susvisées est d'autant plus problématique que **ces constats de contravention pourront caractériser la matérialité d'un délit pénal.**

Or, d'une part, il est établi que les personnes désignées par ce nouvel article 5 n'auront pas la compétence pour constater l'existence d'un délit pénal, et donc susceptible de caractériser une privation de liberté et une atteinte à la liberté individuelle. Mais, d'autre part, les dispositions de l'article L3136-1 du Code de la santé publique prévoient aussi que ces contraventions qui pourront être constatées par des agents de sécurité privée, sont susceptibles, si réitérées à trois reprises dans un délai de trente jours, de caractériser une infraction pénale. En effet et pour mémoire, il est indiqué au 4^e alinéa de l'article L3136-1 du Code de la santé publique :

« Si les violations prévues au troisième alinéa du présent article sont verbalisées à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, les faits sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général, selon les modalités prévues à l'article 131-8 du Code pénal et selon les conditions prévues aux articles 131-22 à 131-24 du même Code, et de la peine complémentaire de suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire lorsque l'infraction a été commise à l'aide d'un véhicule ».

Autrement dit, les contraventions constatées par les agents privés nouvellement compétents dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, sont susceptibles de caractériser l'élément matériel du délit réprimé par une peine de prison ferme.

Or et tel que cela a déjà été établi, il n'existe aucun mécanisme de contrôle ou de supervision de la mission de ces agents, qui n'est par ailleurs pas définie clairement.

Partant et à l'aune de la jurisprudence constitutionnelle susvisée, ces dispositions sont contraires à l'article 12 de la DDHC de 1789 ainsi qu'au principe constitutionnel d'intelligibilité de la loi, et encourent, à ce titre, la censure du Conseil constitutionnel.

Sur le délit prévu à l'article L. 3136-1 du Code de la santé publique (article 5 le modifiant)

Contexte d'adoption de l'article L. 3136-1 du Code de la santé publique et les modifications réglementaires subséquentes :

Selon le quatrième alinéa de l'article L. 3136-1 du Code de la santé publique, tel que modifié par l'article 2 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 :

« La violation des autres interdictions ou obligations édictées en application des articles L. 3131-1 et L. 3131-15 à L. 3131-17 est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe. Cette contravention peut faire l'objet de la procédure de l'amende forfaitaire prévue à l'article 529 du Code de procédure pénale. Si cette violation est constatée à nouveau dans un délai de quinze jours, l'amende est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe. Si les violations prévues au troisième alinéa du présent article sont verbalisées à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, les faits sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général, selon les modalités prévues à l'article 131-8 du Code pénal et selon les conditions prévues aux articles 131-22 à 131-24 du même Code, et de la peine complémentaire de suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire lorsque l'infraction a été commise à l'aide d'un véhicule ».

Ces dispositions litigieuses ont été introduites par un amendement présenté en séance publique devant l'Assemblée nationale *in extremis* par la Garde des Sceaux dans la nuit du 22 au 23 mars 2020, lequel amendement n'avait pas, à l'origine, fait l'objet d'un débat au sein de la Commission des lois, ni donné lieu à étude d'impact.

Lors de la mise en place du confinement, la seule sanction applicable était celle prévue par l'article R. 610-5 du Code pénal, cette contravention générale applicable en cas de violation des décrets et arrêtés, soit une amende de 38 euros. Puis, le décret n°2020-264 du 17 mars 2020 a créé une infraction particulière pour non-respect du confinement, une contravention de 4ème classe, prévoyant le dispositif de l'amende forfaitaire à hauteur de 135 euros.

L'infraction de mise en danger d'autrui prévue à l'article 223-1 du Code pénal s'est quant à elle avérée totalement inappropriée pour fonder des poursuites sur ce terrain.

Finalement, alors le gouvernement faisait le fait le choix de créer un nouveau régime d'exception, en modifiant le titre III du livre 1^{er} de la 3ème partie du Code de la santé publique intitulé « *Menaces et crises sanitaires graves* » et en intégrant un nouveau chapitre 1er bis « *Etat d'urgence sanitaire* », la nécessité de créer de nouvelles mesures - plus répressives - pour sanctionner les personnes ne respectant pas les obligations et interdictions dérogatoires est apparue irrépensible à ses yeux.

A ce régime d'exception devait correspondre un **droit pénal de crise**. Ou plutôt un « **droit pénal du danger** » (Jean-Baptiste Perier au Dalloz¹³ et au LLS#5).

Les non-observants, les contrevenants, sont en effet devenus dangereux, à tel point qu'il est apparu nécessaire de les « neutraliser ». Cette **logique de neutralisation** se retrouve d'ailleurs dans les dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 relatives à l'exécution des peines puisque sont exclues du bénéfice des réductions de peine et des aménagements introduits, outre les condamnés pour des faits de terrorisme ou pour des faits de violences intrafamiliales, les personnes « *ayant eu un comportement de mise en danger des autres personnes détenues ou du personnel pénitentiaire, au regard des règles imposées par le contexte sanitaire [lié] à l'épidémie de Covid-19* ».

Rapidement ensuite, dans le souci de renforcer cette nouvelle police sanitaire, alors qu'aucune contravention de 5ème classe n'avait été incluse dans le champ de l'amende forfaitaire, le décret du 28 mars 2020 est venu fixer pour la première fois le montant de cette amende à 200 euros. Présenté comme un moyen d'en renforcer le traitement, cette forfaitisation a limité d'autant les velléités de contestation de ces amendes.

Il a également fallu - alors que des relaxes étaient prononcées au motif d'un détournement de fichier - adapter le fichier ADOC (Accès au dossier des contraventions), créé par un arrêté du 13 octobre 2004, utilisé pour constater cette nouvelle infraction. Son article 1^{er} énumérait de manière exhaustive les finalités assignées à ce fichier, à savoir le traitement des contraventions et délits routiers constatés et verbalisés électroniquement. Ne figurait donc pas au nombre de ces finalités celle de l'établissement d'une violation répétée des obligations de confinement, étant ajouté qu'il n'était pas non plus prévu l'utilisation de ce fichier pour les contraventions prévues par le Code de la santé publique. Profitant d'une requête déjà initiée devant la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), le ministère de l'intérieur a alors surmonté cette irrégularité puisqu'un arrêté du 14 avril 2020 modifiant l'arrêté du 13 octobre 2004 prévoit désormais que ce fichier peut être utilisé pour « *les infractions faisant l'objet d'une procédure d'amende forfaitaire* ».

Avec l'instauration d'un régime d'exception, le pouvoir exécutif, déjà doté de pouvoirs exorbitants, a donc fait le choix d'y associer - et d'aménager précipitamment - des mesures répressives, qui, au-delà des questions de leur légitimité fondée sur un prétendu effet dissuasif et de leur effet discriminatoire déjà constaté, créent des désordres juridiques de nature constitutionnelle qui vont perdurer avec la prorogation de l'état d'urgence sanitaire.

Sur les atteintes aux principes constitutionnels

Sur la violation de l'article 34 de la Constitution et de l'article 8 de la Déclaration de 1789 (principe de la légalité des délits et des peines)

L'ensemble des interdictions ou obligations édictées en application des articles L.3131-1 et L.3131-15 à L.3131-17 du Code de la santé publique, dont la méconnaissance est susceptible d'entraîner la verbalisation d'un individu, puis la caractérisation du délit prévu au quatrième alinéa de l'article L.3136-1, n'est pas défini avec suffisamment de clarté et de précision par le législateur, en violation de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lequel « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée* », et de l'article 34 de la Constitution selon lequel « *La loi fixe les règles concernant [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats* ».

¹³ Jean-Baptiste Perier, « Le droit pénal du danger », *Recueil Dalloz* 2020 p.937.

Le Conseil constitutionnel juge, sur le fondement de ces dispositions, dont découle le principe de légalité des délits et des peines, qu'il appartient au « *législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* » (Cons. Constit., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC). Le législateur doit rédiger la loi « *dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire* » (Cons. Constit., 16 juillet 1996, n° 96-377 DC, cons. n°11).

L'application de la norme de droit en matière contraventionnelle doit répondre à l'application de critères objectifs. C'est ce qui justifie le régime probatoire particulier dont bénéficient les contraventions, celles-ci faisant foi jusqu'à preuve du contraire, aux termes de l'article 537 du Code de procédure pénale.

Or, en l'espèce, l'arbitraire de certains agents « *verbalisateurs* » a pu prospérer lors de contrôles visant à constater cette infraction de « *non-respect du confinement* », non pas du fait d'un manque de discernement de la part de ces agents, mais précisément **en raison de la définition insuffisamment claire de ce délit** tel que rédigé au quatrième alinéa de l'article L. 3136-1 du Code de la santé publique.

C'est ainsi que la notion de « *verbalisation à plus de trois reprises* » est floue en ce que, d'une part, le droit pénal ignore le terme « *verbaliser* », qui diffère des actes visant à « *constater* », « *décider* », « *condamner* » ou « *aviser* » (par référence à l'avis de contravention alors dressé).

D'autre part, cette terminologie ne permet de s'assurer qu'il s'agirait de décisions antérieures devenues définitives. Le fait de « *verbaliser* » n'induit pas que l'amende infligée soit définitive, mais seulement qu'elle ait été adressée au contrevenant.

Plus encore, l'incrimination du délit dont la constitutionnalité est contestée est fonction des manquements préalablement « *constatés* » ou « *verbalisés* » selon l'article L. 3136-1 du Code de la santé publique. En effet, une première violation est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe. Si une deuxième « *violation est constatée* » dans le délai de quinze jours, alors la peine est portée au montant de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe. Enfin, si ces violations sont « *verbalisées à plus de trois reprises dans un délai de trente jours* », alors le délit est caractérisé.

Force est de constater que l'association dans une même incrimination de ces notions de verbalisation et de constatation est équivoque, de telle sorte qu'il est impossible de déterminer à partir de quel moment les personnes s'exposent au délit, **en violation de l'intelligibilité et de la prévisibilité de la loi pénale.**

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs prononcé la censure sur le fondement du principe de la légalité des délits dans un cas comparable, celui concernant l'article 226-10 du Code pénal, relatif au délit de dénonciation calomnieuse qui prévoyait que se rendait coupable d'une telle dénonciation celui qui dénonçait « *en dernier ressort, en public* », un fait de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et qu'il savait totalement ou partiellement inexact. Or, en incriminant la dénonciation de faits opérée « *en dernier ressort, en public* », sans préciser à quels actes ou procédures antérieurs il était ainsi renvoyé, le législateur n'avait pas suffisamment défini les éléments constitutifs de cette infraction et avait en conséquence méconnu le principe de la légalité des délits et des peines (Cons. constit., n° 2016-741 DC, cons. 138 à 140).

De la même manière, tant le 1° de l'article 3131-15 prévoyant que le Premier ministre peut, par décret réglementaire pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, « *restreindre ou interdire la circulation des personnes et des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par décret* », que le 2° lui

permettant d'« *interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé* », sont rédigés de manière très vague, ne permettant pas de déterminer « *les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager la responsabilité pénale des intéressés* » (Cons. constit., 27 juillet 2000, n° 2000-433 DC, cons. n° 61).

Aussi, la définition très large de cette infraction, par son imprécision, constitue une violation du principe de légalité des délits et des peines énoncé à l'article 8 de la Déclaration de 1789 et de l'article 34 de la Constitution.

Par ailleurs, le législateur a fait preuve **d'incompétence négative**, laquelle affecte les droits et libertés que la Constitution garantit.

Le Conseil constitutionnel contrôle au titre du principe de la légalité des délits que le législateur exerce la plénitude de sa compétence pour « *fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis* » (Cons. constit., 9 décembre 2011, n° 2011-204 QPC ; 6 février 2015 n° 2014-448 QPC). C'est ainsi que **le législateur ne peut pas renvoyer la définition des éléments constitutifs d'un délit à un texte réglementaire sans définir lui-même le comportement proscrit de façon suffisamment précise.**

En l'occurrence, l'acte réglementaire en cause est le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. En dépit des correctifs apportés à la suite de l'ordonnance du Conseil d'État du 22 mars 2020 (*Syndicat Jeunes Médecins* n°439674), les motifs énoncés à l'article 3 du décret n°2020-293 recouvrent des champs d'application larges, flous et parfois fluctuants.

Cet article - simplement actualisé par le décret n°2020-477 du 25 avril 2020 – énonce :

« I. - Jusqu'au 11 mai 2020, tout déplacement de personne hors de son domicile est interdit à l'exception des déplacements pour les motifs suivants en évitant tout regroupement de personnes :

- 1° Trajets entre le domicile et le ou les lieux d'exercice de l'activité professionnelle et déplacements professionnels insusceptibles d'être différés ;*
- 2° Déplacements pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle et des achats de première nécessité dans des établissements dont les activités demeurent autorisées par l'article 8 du présent décret ;*
- 3° Déplacements pour motifs de santé à l'exception des consultations et soins pouvant être assurés à distance et, sauf pour les patients atteints d'une affection de longue durée, de ceux qui peuvent être différés ;*
- 4° Déplacements pour motif familial impérieux, pour l'assistance des personnes vulnérables et pour la garde d'enfants ;*
- 5° Déplacements brefs, dans la limite d'une heure quotidienne et dans un rayon maximal d'un kilomètre autour du domicile, liés soit à l'activité physique individuelle des personnes, à l'exclusion de toute pratique sportive collective et de toute proximité avec d'autres personnes, soit à la promenade avec les seules personnes regroupées dans un même domicile, soit aux besoins des animaux de compagnie ».*

La mise en œuvre de ce décret a suscité de très variables interprétations. En raison de l'imprécision des notions d'« *achats de première nécessité* », de « *déplacements insusceptibles d'être différés* », de « *motif familial impérieux* » ou de « *consultations et soins ne pouvant être assurés à distance* », nombre de verbalisations ont été pour le moins incongrues, ce qui témoigne de l'existence d'aléas laissés à la seule appréciation subjective des agents habilités à contrôler.

Dans son deuxième rapport d'étape sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire du 29 avril 2020, la Commission des lois du Sénat a d'ailleurs exprimé « *le sentiment d'une appréciation parfois hétérogène, en particulier au cours des premières semaines de confinement, des comportements autorisés et de ceux qui ne le sont pas* » et a pointé que « *de telles situations contribuent à alimenter l'incompréhension de certains de nos concitoyens et pourraient, si elles venaient à se répéter, peser sur l'intelligibilité des mesures et l'adhésion aux mesures prescrites par le Gouvernement qui limitent, au quotidien, leur liberté d'aller et venir* ».

L'absence de clarté se niche également dans le II. de l'article 3 du décret sus-visé énonçant que « *Les personnes souhaitant bénéficier de l'une de ces exceptions doivent se munir, lors de leurs déplacements hors de leur domicile, d'un document leur permettant de justifier que le déplacement considéré entre dans le champ de l'une de ces exceptions* ». Aucun formalisme particulier n'est ainsi exigé par le texte, tout document de quelque nature que ce soit permettant de justifier du motif dérogatoire du déplacement étant admis. Or, une confusion est née de l'existence et la diffusion générale de « l'attestation de déplacement dérogatoire », laquelle n'est nullement prescrite mais pourtant - à tort - massivement exigée par agents « verbalisateurs » alors que tout autre justificatif suffit.

Il reste qu'en renvoyant au pouvoir réglementaire la charge de définir les conditions de sortie du domicile, tout en instituant un délit pour la verbalisation réitérée de la violation de ces conditions, le législateur n'a pas épuisé sa compétence exclusive dans la définition des délits.

Sur la violation de l'article 16 de la DDHC de 1789 (droit à un recours juridictionnel effectif)

L'article 16 de la Déclaration de 1789 énonce que « *Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

Le Conseil constitutionnel a affirmé, sur le fondement de l'article 16 de la DDHC de 1789, le caractère constitutionnel du droit à un recours juridictionnel effectif (Cons. constit., 21 janvier 1994, n° 93-335 DC, cons. 4 ; 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC). A ce titre, le Conseil constitutionnel s'assure que les restrictions dans l'accès au juge procèdent d'une « *conciliation équilibrée entre le droit au recours juridictionnel effectif et l'objectif poursuivi par le législateur* » (Cons. constit., décision n° 208-709 du 1er juin 2018, cons.10).

Il juge de manière constante « *qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* » (Cons. constit., 9 avril 1996, n° 96-373 DC, cons. 83 ; Cons. constit., 17 janv. 2013, n° 2012-288 QPC, cons. 4), y compris dans le cadre d'un « état d'urgence », comme il l'a rappelé au sujet de l'état d'urgence prévu par la loi du 3 avril 1955 (Cons. constit., Déc. n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, cons. 8 ; n°2016-535 QPC du 19 février 2016, cons. 3 ; n°2016-536 QPC du 19 février 2016, cons. 5 ; 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, cons. 7 ; n°2016-600 QPC du 2 décembre 2016, cons. 6 ; n°2017-624 QPC du 16 mars 2017, cons.13).

Le Conseil constitutionnel a rappelé que le droit au recours effectif s'appliquait également en matière de contravention : « *le droit à un recours juridictionnel effectif impose que la décision du ministère public déclarant la réclamation prévue par le troisième alinéa de l'article 530 du Code de procédure pénale irrecevable au motif qu'elle n'est pas accompagnée de l'avis d'amende forfaitaire majorée puisse être contestée devant le juge de proximité* » (Cons. constit., 29 septembre 2010, n° 2010-38 QPC ; Cons. constit., 7 mai 2015, n° 2015-467).

A l'évidence, ici, le dispositif décliné par le quatrième alinéa de l'article L.3136-1 du Code de la santé publique, en ce qu'il exige la violation à plus de trois reprises, en 30 jours, des obligations prévues aux articles L.3131-1 et L.3131-15 à L.3131-17, porte atteinte au droit au recours effectif.

En particulier, il ne permet pas à la personne « verbalisée » une application effective de l'article 529-2 du Code de procédure prévoyant que « *dans le délai prévu par l'article précédent [délai de 45 jours dont le doublement a été prévu par l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de procédure pénale], le contrevenant doit s'acquitter du montant de l'amende forfaitaire, à moins qu'il ne formule dans le même délai une requête tendant à son exonération auprès du service indiqué dans l'avis de contravention. Cette requête est transmise au ministère public* ».

En effet, il ne permet pas au justiciable d'exercer de recours contre les avis de contravention dans le délai de contestation de 90 jours étant donné que le délit ne peut être constitué que si une personne a été verbalisée plus de trois fois en 30 jours, de telle sorte qu'elle pourrait être condamnée avant même d'avoir pu user de son droit au recours.

Est-il besoin de rappeler que ce n'est que lorsque l'amende forfaitaire est payée, ou lorsque les recours sont rejetés ou encore lorsque les délais sont expirés, que l'on peut considérer que la culpabilité du contrevenant est « légalement établie ». Avant cela, l'infraction est seulement constatée et il est impossible d'en tirer plus de conséquences.

Au surplus, le justiciable ne pourra pas soulever cette contestation (de la compétence du tribunal de police), au visa de l'article 382 du Code de procédure pénale, devant le tribunal correctionnel en cas de poursuite pour ce délit en ce que les contraventions antérieures constituent un élément constitutif du délit et non pas des infractions connexes au sens de l'article 203 du même Code.

Il n'est en outre pas anecdotique de rappeler la décision du juge constitutionnel relative à la procédure de l'amende forfaitaire (Cons. constit., n° 2010-38 QPC du 29 septembre 2010) et plus particulièrement, les conditions de recevabilité des requêtes en exonération prévues par l'article 529-10 du Code de procédure pénale. Il était soulevé que si une requête était déclarée irrecevable par le ministère public pour non-respect des formes prescrites, le requérant ne disposait d'aucune voie de recours contre la décision d'irrecevabilité, laquelle emporte pour effet principal de transformer la nature juridique de la somme consignée, en paiement de l'amende forfaitaire, en vertu de l'article R. 49-18 du Code de procédure pénale. L'action publique se trouvait alors éteinte, sans que l'automobiliste, s'estimant injustement sanctionné, put faire étudier sa contestation par une juridiction. Le Conseil a certes déclaré le dispositif de requête en exonération contre l'amende forfaitaire, tel qu'il est prévu par l'article 529-10, conforme à la Constitution. Cependant, afin de respecter le droit à un recours juridictionnel, le juge constitutionnel a assorti sa décision d'une réserve constructive : la décision du ministère public, déclarant irrecevable la requête en exonération, doit pouvoir faire l'objet d'une contestation devant le juge de proximité.

C'est dire que même en cette matière, pourtant propice à la tentation de voir primer l'efficacité du traitement des amendes forfaitaires, pourvoyeuse d'un contentieux de masse, le droit au recours juridictionnel effectif demeure protégé.

Dès lors, les dispositions litigieuses portent atteinte **au droit au recours contre les amendes** prononcées pour violation des obligations ou interdictions des articles L. 3131-1 et L. 3131-15 à L. 3131-17 du Code de la santé publique.

Sur la violation de l'article 16 de la DDHC de 1789 (droits de la défense)

Le principe du respect des droits de la défense découle de la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 (Cons. constit. 30 mars 2006, n° 2006-535, cons. 24) et implique notamment le respect du principe du contradictoire (Cons. constit. 16 septembre 2016, n° 2016-566 QPC) et l'existence d'une procédure juste et équitable, garantissant l'équilibre des droits des parties (Cons. constit. 18 novembre 2011, n° 2011-91/194/195/196/197 QPC, n° 159).

Certes, le droit d'accès au juge et l'exercice des droits de la défense peuvent faire l'objet de limitations. Toutefois, il appartient précisément à ce titre au législateur « *d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties [au] nombre [desquelles] figure le respect des droits de la défense, qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* » (entre autres, Cons. constit, 22 septembre 2010, n° 2010-32 QPC ; 19 novembre 2011, n° 2011- 191/194/195/196/197 QPC).

Le Conseil constitutionnel précise également que le caractère contradictoire de la procédure est le corollaire des droits de la défense (Cons. const. 29 déc. 1989, n°89-268 DC, cons. 58). Plus encore, par une décision du 25 mars 2014, il a été précisé que : « *Considérant que le principe du contradictoire et le respect des droits de la défense impliquent en particulier qu'une personne mise en cause devant une juridiction répressive ait été mise en mesure, par elle-même ou par son avocat, de contester les conditions dans lesquelles ont été recueillis les éléments de preuve qui fondent sa mise en cause* » (Cons. Const., n° 2014-693 DC, cons. 25).

En l'espèce, depuis le début de la mise en œuvre de cette nouvelle infraction, les avocats - mais également les juges - se heurtent à l'absence de toute constatation contradictoire. Les verbalisations contraventionnelles ne sont en effet assorties d'aucun élément de constatation des infractions, qu'il s'agisse des conditions du contrôle, du motif de la verbalisation ou de l'éventuelle contestation orale du mis en cause. Rien n'est renseigné ou consigné sur procès-verbal, en complément du simple feuillet d'avis de contravention ou pire de l'extrait du fichier ADOC.

Finalement, **la seule réunion de plus de trois verbalisations suffit, matériellement, à constituer le délit, lequel devient de facto automatique**, rendant ainsi l'élément matériel du délit pré-caractérisé et l'appréciation de son caractère intentionnel quasi-impossible.

Les dispositions attaquées méconnaissent ainsi **les droits de la défense** dans la mesure où elles subordonnent la constitution du délit à l'établissement de simples verbalisations dont le justiciable n'est pas en mesure de constater la matérialité et dont il sera impossible d'apporter la preuve contraire.

Sur la violation de l'article 9 de la DDHC de 1789 (principe de la présomption d'innocence)

En vertu de l'article 9 de la Déclaration de 1789, « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ». Le principe de la présomption d'innocence a été consacré par la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1981 (n°80-127 DC, cons. 33) à propos de la loi dite « *loi sécurité et liberté* ».

De ce principe, le Conseil constitutionnel déduit que « *le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive* », même s'il pose une exception dans les termes suivants : « *Toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment*

en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité » (Cons. Const., 16 juin 1999, n°99-411 DC, cons. 5 et 6).

En l'espèce, le nouveau délit suppose que le prévenu ait déjà fait l'objet de trois contraventions dans un délai inférieur à 30 jours. L'article L.3136-1 du Code de la santé publique al. 3, en ce qui concerne la première contravention (4^{ème} classe) et le décret n° 2020-357 du 28 mars 2020 pour ce qui concerne la deuxième (5^{ème} classe) leur appliquent la procédure de l'amende forfaitaire.

Or, selon l'article 529 du Code de procédure pénale, pour les infractions concernées par cette procédure « *l'action publique est éteinte par le paiement d'une amende forfaitaire* » ce qui signifie très concrètement que le contrevenant n'est jamais condamné.

En outre, selon l'article 529-1 du Code de procédure pénale le montant de l'amende forfaitaire peut être acquitté dans un délai de 45 jours après l'envoi de l'avis de contravention. Et ce délai peut même être augmenté puisque, d'une part, l'article 529-2 lui permet de différer le paiement en formulant une requête en exonération qui est transmise au ministère public et d'autre part, le paiement peut intervenir au-delà du délai de 45 jours (90 durant l'état d'urgence sanitaire comme précisé plus haut), même si le contrevenant s'expose alors à la peine majorée. Plus encore, il peut aussi ne pas payer l'amende du tout auquel cas, elle est recouvrée par la voie autoritaire.

Il convient au surplus de rappeler que l'article 529 précise que l'amende forfaitaire « *est exclusive de l'application des règles de la récidive* ».

Or, pour retenir la récidive, il faut une première condamnation définitive, laquelle ne peut survenir dans le cas du délit contesté puisque le contrevenant n'a été ni jugé, ni condamné, et ce quand bien même il aurait payé l'amende qui ne saurait valoir reconnaissance implicite de l'infraction.

Par conséquent, lorsqu'une personne est déférée en comparution immédiate du chef du délit contesté, elle reste nécessairement présumée innocente des trois premières contraventions qui ne sont pas devenues définitives.

Un tel mécanisme est contraire au **principe de la présomption d'innocence**.

La violation de la règle non bis in idem

La règle *non bis in idem* n'a jamais été consacrée en tant que telle à un rang constitutionnel, même si elle répond à l'ensemble des critères de reconnaissance **des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République**.

Pour autant, le respect de ce principe de non-cumul des peines pour une même infraction a souvent été contrôlé par le Conseil constitutionnel au titre des principes de nécessité et de proportionnalité des peines (Cons. Const., 29 septembre 2016, n° 2016-510 QPC, cons. 3 à 8).

En l'espèce, comme développé plus haut, aucune condamnation définitive ne peut se déduire de la succession des manquements contraventionnels telle que prévu par le délit contesté. Pourtant, le mécanisme de gradation des peines de l'article L. 3136-1 du Code de la santé publique revient à sanctionner le mis en cause plusieurs fois pour les mêmes faits.

Or, les articles 132-8 et suivants du Code pénal qui fixent le régime de la récidive légale posent comme condition constante, l'existence d'une précédente condamnation définitive. La récidive a toujours été conçue, non pas comme une manière de sanctionner une nouvelle fois le premier

manquement lorsqu'il se reproduit, mais comme une cause d'aggravation de la seconde infraction commise qui sera plus sévèrement punie, précisément parce qu'une première condamnation définitive n'aura pas permis d'ajuster le comportement du contrevenant ou du délinquant.

De surcroît, la sanction du quatrième manquement se cumule avec celles des manquements déjà infligés les trois premières fois, de sorte que le mis en cause peut être amené à payer au total, une somme de 4 285 euros au titre des quatre manquements, alors que la peine la plus lourde s'élève à 3 750 euros.

Le délit litigieux méconnaît donc **la règle *non bis in idem***.

II/ Sur les dispositions relatives à la création d'un système d'information aux seules fins de lutter contre l'épidémie de covid-19 (chapitre II)

Sur la constitutionnalité de l'article 6

Sur la constitutionnalité de l'article 6 de la prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions

L'article 6 de la prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions est sans doute celui qui, tant dans ses modalités techniques que dans la philosophie générale qui l'anime, est le plus controversé de la loi.

Atteinte à la liberté individuelle, la vie privée et à la protection des données personnelles : argumentaire général

Encore un fichier ! Le nouveau système d'information prévu par la loi déferée pose plusieurs problèmes fondamentaux d'ordre non seulement éthique, d'utilité mais aussi constitutionnels.

Les premiers sont relatifs au secret médical, principe fondamental de l'exercice de la médecine. Ce principe est au cœur de la relation de confiance qui unit tous les patients que nous sommes à son médecin. Le principe de respect du secret médical découle des exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 relatives à la protection de la santé. Sans confiance des patients envers leur médecin par crainte de la diffusion de données médicales, l'incitation à aller se soigner se trouve dangereusement altérée alors même que le Code de déontologie médicale (R. 4127-4 Code de la santé publique) prévoit que « *le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients* ».

En ce sens la Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé à propos de l'accès d'un organisme de sécurité sociale au dossier médical d'une patiente (CEDH, 27 août 1997, *M. S. contre Suède*, 20837/92) que les données personnelles médicales sont des données particulièrement sensibles et que le secret médical est nécessaire pour « *préserver [la] confiance dans le corps médical* ».

De même, la Cour de justice de l'Union européenne estime qu'« *il convient de donner à l'expression «données relatives à la santé» (...)» spécialement protégée, une interprétation large de sorte qu'elle comprenne des informations concernant tous les aspects, tant physiques que psychiques, de la santé d'une personne* » (CJCE, 6 nov. 2003, *Lindqvist*, aff. C-101/01, pt. 51). La Cour européenne des droits de l'Homme a en outre insisté sur le fait que la collecte indifférenciée de données sensibles, et leur centralisation, devrait particulièrement attirer l'attention des juges en ce qu'elle est porteuse d'un « *risque de stigmatisation* », des personnes.

L'alinéa 1^{er} de l'article 6 dispose « *par dérogation à l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19* ».

Le législateur a ainsi voulu créer un nouveau cas dérogation au secret médical, tout en utilisant pour cela un texte qui conférerait déjà une autorisation de la loi de révéler le secret professionnel. SE trouve donc également méconnu les principes constitutionnels d'intelligibilité et de clarté de la loi.

L'article L.1110-4 a en effet été créé par loi n°2002-303 du 4 mars 2002 afin d'autoriser le partage d'informations entre professionnels d'une équipe de soins, « *à condition qu'ils participent tous à la prise en charge* » du patient et « *que ces informations soient strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins, à la prévention ou à son suivi médico-social et social* ». La finalité est donc uniquement celle de la prise en charge d'un patient. Sans doute pour cette raison, le législateur a entendu étendre la finalité du partage d'informations, mais il a alors ignoré le principe de légalité criminelle. L'article L. 1110-4 est donc déjà une autorisation de la loi au sens de l'article 226-14 du Code pénal, et constitue ainsi déjà un fait justificatif de l'infraction de révélation du secret professionnel (article 226-13 du Code pénal) punie de 1 an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Le principe de légalité criminelle excluant toute imprécision, elle ne saurait s'accommoder de dérogations en cascade à la loi pénale de surcroît peu intelligible. **Il y a donc là un motif inconstitutionnalité.**

La deuxième série de problème est relatif à l'étendue des principes concernés et à l'importance conférée du consentement. Que l'identité des personnes infectées entre dans le système d'information est une chose, mais que celui-ci puisse viser l'identification des personnes à risques en est un autre. Qu'est-ce qu'une personne à risque ? Comment établit-on le risque et le degré et la forme de contact nécessaire ou suffisant avec une personne infectée pour établir le risque ? Avec quel contrôle et possibilité de contradictoire de la personne elle-même ? Toute personne peut être rapidement identifiée comme présentant des risques : bref, nous sommes toutes et tous des personnes présentant un risque d'infection.

On rapprochera ces considérations de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne qui veille à la limitation de la collecte des données et des catégories de personnes dont les données sont collectées au regard des finalités poursuivies. La Cour a ainsi jugé que les données ne peuvent être collectées que pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et doivent être adéquates, pertinentes et non-excessives au regard des finalités poursuivies (CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, aff. C-465/00, C-138/01 et C-139/01, pt. 66). Sur ce fondement, la CJUE a, en visant l'article 8 de la Charte des Droits Fondamentaux, invalidé la directive de 2006 sur la collecte des métadonnées dans le cadre de lutte contre le terrorisme. Elle a estimé que celle-ci dépassait largement les limites de ce qui est nécessaire et approprié à la réalisation de la finalité (CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland* aff. C-293/12 et C-594/12, pts 56-63), notamment au motif que la directive :

- vise la quasi-totalité de la population européenne ;
- ne discrimine pas en fonction des différents objectifs ;
- ne comprend pas d'exceptions relatives au secret professionnel

La Cour s'est ainsi plusieurs fois opposée aux collectes de données qui peuvent potentiellement s'appliquer à l'ensemble des citoyens (voir aussi, CJUE, GC, 21 déc. 2016, *Tele2 Sverige AB et Secretary of State for the Home Department*, aff. C-203/15 et C-698/15).

Cette nécessité de limiter l'étendue des collectes de données et des accès aux données participe, comme le rappelait l'avocat général Kokott (concl. de l'avocat général Mme Juliane Kokott, 18 juillet 2007, *Promusicae contre Telefónica de España SAU*, aff. C-275/06, pt. 53), d'une exigence plus

large de transparence et de prévisibilité des traitements de données personnelles. Il s'agit d'une garantie commune au système de protection de la Convention européenne des droits de l'Homme, et de l'Union Européenne. Comme la Cour européenne l'a résumé dans son arrêt *Zakharov* de 2015, une loi autorisant les pouvoirs publics à collecter des données sensibles sur les individus irait « prééminence du droit » si le pouvoir d'appréciation accordé aux autorités ne connaissait pas de limite. En ce sens, la Cour a fait grief à la législation russe de ne donner aucune indication sur « *les circonstances dans lesquelles les communications d'une personne peuvent être interceptées en raison de faits ou d'activités qui mettent en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique [...]* », ce qui confère aux autorités une « latitude quasi illimitée » (*Zakharov*, pt. 248). Or, si cette exigence de transparence et de lisibilité du droit peut être limitée dans les hypothèses de surveillance secrète, elle ne peut connaître aucune limitation lorsqu'il s'agit de traitements de données tel que celui institué par l'article 6 de la présente loi.

La troisième série de problèmes portent précisément sur l'étendue des personnes habilitées à informer le fichier et à le consulter, ainsi que sur leur impossible authentification (alinéa 14 de l'article 6).

Aucun spécialiste ne démentira que la multiplication des personnes ayant accès à un fichier, qui plus en l'occurrence est au-delà des professionnels de santé, accroît les risques de diffusion et entrecroisement des données personnelles, en l'espèce ultra-sensibles.

De plus, le Règlement général sur la protection des données (Règl. (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, art. 12) dispose de la nécessité pour les personnes concernées d'être informées des conditions dans lesquelles leurs données ont été traitées.

L'identité des professionnels fait partie de cette information essentielle. Les personnes ayant accès aux données doivent donc être authentifiées dans des conditions définies par la loi.

A cette fin d'authentification notamment, l'article L.1110-4-1 du Code de la santé publique dispose :

« Afin de garantir la qualité et la confidentialité des données de santé à caractère personnel et leur protection, les professionnels de santé, les établissements et services de santé, et tout autre organisme participant à la prévention, aux soins ou au suivi médico-social et social dont les conditions d'exercice ou les activités sont régies par le présent Code, utilisent, pour leur traitement, leur conservation sur support informatique et leur transmission par voie électronique, des systèmes d'information conformes aux référentiels d'interopérabilité et de sécurité élaborés par le groupement d'intérêt public mentionné à l'article L. 1111-24. Ces référentiels sont approuvés par arrêté du ministre chargé de la santé, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. »

Le Référentiel Général de Sécurité (page 9) prévoit ainsi que « L'authentification a pour but de vérifier l'identité dont se réclame une personne ou une machine. La mise en œuvre par une autorité administrative des fonctions de sécurité « Authentification » ou « Authentification serveur » peut se faire selon trois niveaux de sécurité aux exigences croissantes ».

En matière de santé, le niveau de sécurité requis est le plus haut. C'est pourquoi l'arrêté du 22 mars 2017 relatif au référentiel de sécurité applicable au Système national des données de santé (actuel *Health Data Hub*), précise au point 5.3. *Paliers d'identification et d'authentification* : « *L'accès à des données à fort risque doit nécessiter une identification locale ou nationale pour toute personne physique ou morale, conformément aux exigences du palier 2 du Référentiel d'identification de la PGSSI-S, et une authentification forte, conformément aux exigences du palier 2 du Référentiel d'authentification de la PGSSI-S* ».

Or, l'alinéa 14 de l'article 6 définit un grand nombre de professionnels qui n'ont actuellement pas les moyens techniques d'une authentification forte telle que décrit par les référentiels de sécurité applicables à la matière (Carte de professionnels de santé ou famille CPS, eCPS, services raccordés à Pro Santé Connect, ...) ; pire encore, le cas des sous-traitants auxquels les organismes peuvent faire appel (alinéa 16).

Si la loi prévoit le traçage des personnes sans leur consentement, elle ne peut faire l'économie du traçage des accès aux données de santé de la population française par les personnes qui y sont autorisées, surtout s'il doit s'agir de collaborateurs occasionnels du service public.

La quatrième série de problème porte sur l'utilité du fichier. Le fichier sera-t-il constitué et opérationnel moins de deux mois et pour quel résultat ? Cette question triviale laisse place au doute : d'une part, une création rapide du fichier laisse entendre que les autorités administratives ont déjà travaillé à sa constitution hors cadre légal ; d'autre part, il y a vraiment matière à interrogation sur l'intention de non-conservation des données après l'état d'urgence sanitaire ou de non exploitation ultérieure par d'autres moyens.

La cinquième série de problèmes a trait à l'absence de garantie adéquate quant aux transferts de ces données – qui sont extrêmement sensibles, rappelons-le – vers les Etats-Unis. L'arrêté du 21 avril 2020, publié au J.O. du 22 avril 2020, autorise le groupement d'intérêt public « [Health Data Hub](#) » (la plateforme des données de santé) et la CNAM (Caisse Nationale d'Assurance Maladie) à recevoir des données de santé nécessaires à la poursuite d'une finalité d'intérêt public en lien avec l'épidémie actuelle de covid-19 et à croiser ces données. Il résulte de ces dispositions qu'une partie des données stockées dans le traitement pourront, faute de dispositions contraires, être partagées avec le GIP « *Health Data Hub* », puisque l'article 6 de la loi déferée prévoit que la CNAM peut accéder aux données stockées dans le traitement, et procéder au partage de celles-ci lorsque cela est nécessaire. L'existence d'un partage de données entre la CNAM et le « *Health Data Hub* » dans un futur proche est d'autant plus probable que l'une des finalités du traitement est de procéder à la « [...] *surveillance épidémiologique aux niveaux national et local* [...] », ce qui est précisément la mission du « *Health Data Hub* ».

Or, dans sa délibération n° 2020-044 du 20 avril 2020, la CNIL a fait part de sa vive inquiétude quant au risque de transferts de données centralisées par le « *Health Data Hub* », vers les Etats-Unis. D'une part, la Commission a constaté que les dispositions contractuelles de sous-traitance conclues entre la Plateforme des données de santé et le prestataire chargé de l'hébergement des données, stipulent que les données traitées peuvent être transférées vers les États-Unis pour y être stockées et traitées. D'autre part, la Commission a rappelé les inquiétudes soulevées à plusieurs reprises par le Comité européen de la protection des données (CEPD) concernant l'accès par les autorités des Etats-Unis aux données transférées aux Etats-Unis, plus particulièrement la collecte et l'accès aux données personnelles à des fins de sécurité nationale en vertu de l'article 702 de la loi américaine FISA et du décret (« *Executive Order* ») 12 333.

Rappelons à cet égard que, dans son arrêt *Schrems* de 2015 (CJUE, GC, 6 oct. 2015, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*, aff. C-362/1), la Cour de Justice de l'Union Européenne a invalidé la décision Safe Harbor en ce que celle-ci, permettant aux autorités publiques nord-américaines d'accéder de manière généralisée au contenu de communications électroniques hors de tout contrôle effectif d'une autorité indépendante, et n'assure pas une protection adéquate des données personnelles. **Dans ce contexte, un transfert de données vers les Etats-Unis constituerait une atteinte d'autant plus grave au droit à la vie privée qu'il s'agit en l'occurrence de données extrêmement sensibles, à savoir des données de santé.**

Ces considérations rejoignent finalement la position de principe adoptée par le Conseil constitutionnel lui-même notamment dans sa décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012. Rappelons qu'après avoir réaffirmé « que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée ; que, par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif », le Conseil précisait en l'occurrence que « la création d'un traitement de données à caractère personnel destiné à préserver l'intégrité des données nécessaires à la délivrance des titres d'identité et de voyage permet de sécuriser la délivrance de ces titres et d'améliorer l'efficacité de la lutte contre la fraude », et conséquemment « justifiée par un motif d'intérêt général ». Toutefois, la décision estimait à propos des données biométriques enregistrées dans le fichier soumis à son examen, et notamment des empreintes digitales, qui étaient « elles-mêmes susceptibles d'être rapprochées de traces physiques laissées involontairement par la personne ou collectées à son insu », qu'elles étaient des données « particulièrement sensibles ». Le Conseil concluait qu'« eu égard à la nature des données enregistrées, à l'ampleur de ce traitement, à ses caractéristiques techniques et aux conditions de sa consultation », les dispositions de l'article 5 qui permettait la création du fichier en cause « portent au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi ».

Pour ces raisons, l'article porte donc directement atteinte aux principes constitutionnels de protection de la santé, de la liberté individuelle, du respect de la vie privée et de protection des données personnelles qui en découle.

Incompétence négative du législateur et atteintes corrélatives aux droits et libertés que la constitution garantit

De nombreux alinéas de l'article 6, en ce qu'ils sont formulés en des termes généraux et imprécis et renvoient implicitement ou explicitement au pouvoir réglementaire leur mise en œuvre, méconnaissent l'étendue de la compétence que l'article 34 de la constitution confère au législateur, portent atteinte au principe de séparation des pouvoirs qui résulte de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et conséquemment aux exigences de garantie légale qui accompagne l'exercice des droits et libertés que la constitution garantit, notamment la liberté individuelle et de respect de la vie privée.

Alinéa 1.

Il en va d'abord ainsi du premier alinéa :

« I. – Par dérogation à l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 et pour la durée strictement nécessaire à cet objectif ou, au plus, pour une durée de six mois à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, des données à caractère personnel concernant la santé relatives aux personnes atteintes par ce virus et aux personnes ayant été en contact avec elles peuvent être traitées et partagées, le cas échéant sans le consentement des personnes intéressées, dans le cadre d'un système d'information créé par décret en Conseil d'État et mis en œuvre par le ministre chargé de la santé ».

En tant qu'il renvoie au pouvoir réglementaire la création d'un fichier dans lequel pourront figurer des personnes sans leur consentement, susceptibles conséquemment de faire l'objet de mesures privatives de libertés (mise en quatorzaine, isolement), sans préciser les modalités de constitution du fichier, l'encadrement de ses usages, les critères de délimitation des personnes « ayant été en contact », le législateur méconnaît l'étendue de sa compétence relative « aux garanties

fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (article 34 al.2 de la constitution), et porte **une atteinte excessive à la liberté individuelle et à la vie privée**.

Alinéa 2.

Le même grief peut être étendu à l'alinéa 2 qui étend les autorités susceptibles d'être habilitée par le pouvoir exécutif à « adapter » et « partager » les données (*« Le ministre chargé de la santé ainsi que l'Agence nationale de santé publique, un organisme d'assurance maladie et les agences régionales de santé peuvent en outre, aux mêmes fins et pour la même durée, être autorisés par décret en Conseil d'État à adapter les systèmes d'information existants et à prévoir le partage des mêmes données dans les mêmes conditions que celles prévues au premier alinéa du présent I. »*).

Alinéa 3.

Le grief vaut aussi pour l'alinéa 3 qui ne prévoit pas explicitement que les données seront détruites, ni comment, après la fin de l'état d'urgence sanitaire (*« Les données à caractère personnel collectées par ces systèmes d'information à ces fins ne peuvent être conservées à l'issue d'une durée de trois mois après leur collecte »*). Ce défaut de garantie légale porte atteinte au principe constitutionnel de respect de la vie privée et au principe de la protection des données personnelles qui en découle. A cet égard, le fait qu'un grand nombre d'acteurs ait été autorisé, dans l'alinéa précédent, à dupliquer le fichier dans ses propres systèmes d'information constitue un empêchement supplémentaire. Il sera *de facto* impossible de s'assurer, à terme, que toutes les **copies de ces données** seront bien **effacées**.

Alinéa 4.

Le grief de l'incompétence négative vaut aussi pour la détermination des « éléments probants » mentionnés à l'alinéa 4 (*« Les données à caractère personnel concernant la santé sont strictement limitées au statut virologique ou sérologique de la personne à l'égard du virus mentionné au présent I ainsi qu'à des éléments probants de diagnostic clinique et d'imagerie médicale, précisés par le décret en Conseil d'État prévu au présent I. »*).

Il est ainsi prévu que ces éléments seront précisés par décret en conseil d'Etat mais non les modalités du contradictoire qui pourra être opposé par les personnes concernées au diagnostic de la présence d'« éléments probants » de leur infection.

Le problème alors même qu'il a été relevé que les symptômes du Covid-19 sont multiples et que pour beaucoup d'individus seuls des tests, non fiables à 100%, pourraient, le cas échéant, le déterminer. Là encore, le problème est accentué par les conséquences sur la liberté individuelle et la vie privée liées au stockage de ses informations.

Soulignons en outre que les données relatives au statut sérologique et viral ne sont pas nécessairement des données adéquates au regard de la finalité du fichier, qui est de prévenir les risques d'infection. En effet, cela revient à fichier sur le long terme des personnes déjà immunisées, qui ne présentent donc par définition plus de risque d'infection ou de transmission.

Alinéa 5.

L'incompétence négative entache également la constitutionnalité de l'alinéa 5 de la loi déferée en ce qu'il délègue de manière générale la garantie et la précision des « modalités d'exercice des droits d'information, d'opposition et de rectification des personnes concernées lorsque leurs données

personnelles sont collectées dans ces systèmes d'information à l'initiative de tiers » au pouvoir réglementaire.

Un tel renvoi au pouvoir réglementaire est là encore incompatible avec la compétence de principe que détient le législateur s'agissant de l'encadrement et des bornes apportés à l'exercice des droits et libertés constitutionnels, en l'occurrence le respect de la vie privée et la protection des données personnelles.

Alinéa 8.

L'alinéa 8 de l'article 6 donne pour finalité au fichier « *2. L'identification des personnes présentant un risque d'infection, par la collecte des informations relatives aux contacts des personnes infectées et, le cas échéant, par la réalisation d'enquêtes sanitaires, en présence notamment de cas groupés* ».

Comme relevé précédemment, cette finalité ne définit pas assez précisément les personnes concernées par le système d'information qui sont potentiellement aussi nombreuses que l'ensemble des personnes résidants ou séjournant sur le territoire national. Quels sont les critères des enquêtes sanitaires, menée « *notamment* » et donc non exclusivement « en présence » « de cas groupés ». Comment établit-on le lien entre les personnes réputées présenter un risque d'infection et « *la collecte des informations relatives aux contacts des personnes infectées* » ? Comment identifie-t-on les contacts et établit-on la liste des contacts pertinents ?

Ce champ d'application est insuffisamment précisé et les personnes concernées insuffisamment délimitées. **La large étendue des personnes concernées et l'imprécision des critères permettant de déterminer porte atteinte à la liberté individuelle et à la vie privée.**

Alinéa 16.

L'alinéa 16 prévoit que « – *Les modalités d'application du présent article sont fixées par les décrets en Conseil d'État mentionnés au I après avis public conforme de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Ces décrets en Conseil d'État précisent notamment, pour chaque autorité ou organisme mentionné aux I et III, les services ou personnels dont les interventions sont nécessaires aux finalités mentionnées au II et les catégories de données auxquelles ils ont accès, la durée de cet accès, les règles de conservation des données ainsi que les organismes auxquels ils peuvent faire appel, pour leur compte et sous leur responsabilité, pour en assurer le traitement, dans la mesure où les finalités mentionnées au même II le justifient, et les modalités encadrant le recours à la sous-traitance* ».

En ne renvoyant au pouvoir réglementaire la détermination des « *services ou personnels dont les interventions sont nécessaires* », le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence, d'autant que la liste des personnes pouvant accéder au fichier fixée à l'alinéa précédent (alinéa 1, cf grief soulevé plus haut supra) par recours à la sous-traitance, est étendue et comporte le risque de diffusion des données sensibles, et **donc d'atteinte disproportionnée à la protection des données et au respect de la vie privée.**

Alinéa 17.

Enfin, l'alinéa 17 prévoit que « – *Le covid-19 fait l'objet de la transmission obligatoire des données individuelles à l'autorité sanitaire par les médecins et les responsables des services et laboratoires de biologie médicale publics et privés prévue à l'article L. 3113-1 du Code de la santé publique. Cette transmission est assurée au moyen des systèmes d'information mentionnés au présent article.* »

Loin de créer une dérogation à une loi générale, le législateur semble s'inscrire dans la procédure bien connue des maladies (et non des suspicions de cas de maladies) faisant l'objet d'une transmission obligatoire, mais il insécurise en réalité le contenu d'une disposition importante du Code de la santé publique.

Depuis l'ordonnance du 15 juin 2000 de recodification du Code de la santé publique, l'expression de maladie à déclaration obligatoire a disparu au profit de : « *transmission obligatoire de données individuelles à l'autorité sanitaire* » (C. santé pub., art. L.3113-1). Le texte distingue « 1° Les maladies qui nécessitent une intervention urgente locale, nationale ou internationale ; 2° Les maladies dont la surveillance est nécessaire à la conduite et à l'évaluation de la politique de santé publique ».

L'article L.3113-3 prévoit que la procédure d'inscription sur une liste de maladies devant être signalées passe par un décret pris après avis du Haut Conseil de la santé publique. Ce dernier définit la liste des maladies, puis un arrêté du ministre fixe pour chaque maladie les données individuelles cliniques, biologiques et sociodémographiques transmises à l'autorité sanitaire après avis de la Commission nationale de l'information et des libertés (Cnil).

En renvoyant à l'article L.3113-1 du Code de la santé publique, le législateur porte atteinte au **principe de sécurité juridique** : en déclarant d'office le Covid19 maladie « à déclaration obligatoire », il utilise un biais permettant ainsi de se passer d'un diagnostic confirmé biologiquement par un test, condition édictée par le Haut Conseil de la santé publique. Les tests n'étant à l'heure actuelle ni suffisamment fiables, ni suffisamment disponibles, le législateur a donc opéré une confusion avec le régime de droit commun.

Le Conseil considérant que « l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont des objectifs de valeur constitutionnelle » (n°99421 DC du 16 déc. 1999), **l'article 6 alinéa 17 ne peut être que déclaré inconstitutionnel au regard de son inintelligibilité.**

Pour ces motifs, les associations contributrices estiment que le Conseil constitutionnel ne peut que censurer, en tout ou en partie, les dispositions critiquées de la loi déferée et, à tout le moins, apporter les nécessaires réserves d'interprétation afin d'assurer la protection des droits et libertés constitutionnels.

Elles déplorent par ailleurs que les conditions d'adoption de la loi de prorogation, en moins d'une semaine pour tenir compte de la date du déconfinement fixée au 11 mai, et alors même que l'état d'urgence sanitaire a été proclamé jusqu'au 23 mai, et d'adoption en un temps record par le Conseil constitutionnel d'une décision au titre de l'article 61 de la Constitution, ne sont elles-mêmes pas satisfaisantes pour un Etat de droit.