



**GROUPE**  
**LES REPUBLICAINS**

*Le Président*

Monsieur Laurent FABIUS  
Président  
Conseil Constitutionnel  
2 rue de Montpensier  
75001 PARIS

Paris, le 5 novembre 2021

Monsieur le Président,

En application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, j'ai l'honneur, avec plus de soixante de mes collègues, de demander au Conseil Constitutionnel de se prononcer sur la conformité de la loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire.

A cet effet, vous voudrez bien trouver, ci-joint, la liste des signataires de cette demande, ainsi qu'un mémoire reprenant les motifs développés par les auteurs de cette saisine.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma haute considération.

Bruno RETAILLEAU

**Saisine du Conseil Constitutionnel**  
**Projet de loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire**

Monsieur le Président,  
Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Les sénateurs soussignés ont l'honneur de soumettre à votre examen, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, la loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire, afin qu'il examine la conformité au regard de la liberté d'aller et de venir, du droit au respect de la vie privée et familiale, et de l'article 38 de la Constitution des articles 2, 6, 9, 13 et 14 dudit texte.

Considérant l'impact des mesures du texte sur les droits et libertés des Français, la durée potentielle d'application de celles-ci, et les incertitudes existant au sujet de l'évolution de la situation sanitaire les motivant, les sénateurs soussignés estiment nécessaire de le soumettre à l'examen du Conseil constitutionnel, afin de déterminer si le dispositif adopté répondra pleinement aux exigences de nécessité, d'adéquation et de proportionnalité ayant présidé jusqu'ici à l'adoption des lois d'urgence sanitaire.

**Articles 2 et 6 – Risque d'atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et de venir ainsi qu'au droit à la vie privée et familiale normale du fait de la durée excessive de prorogation des dispositifs dérogatoires du droit commun**

Les articles 2 et 6 du texte déféré prorogent du 15 novembre 2021 jusqu'au 31 juillet 2022 respectivement les dispositifs juridiques créés par la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 *relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire* et le système d'information initialement établi par l'article 11 de la loi n°2020-546 du 11 mai 2020 *prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

I – Le régime juridique établi par la loi du 31 mai 2021 précitée, amplifié par la loi du 5 août 2021, est un régime dérogatoire du droit commun, permettant au pouvoir réglementaire de prendre par décret et sans condition de durée pendant l'application dudit régime des mesures

de réglementation ou d'interdiction de certains déplacements, de régulation ou de fermeture des lieux d'accueil du public, et de réglementation des manifestations sur la voie publique et dans les lieux ouverts au public. Il permet aussi d'imposer la présentation de justificatifs vaccinaux ou de non-contamination, pour l'accès au territoire métropolitain, à la Corse, ou aux collectivités ultramarines, pour l'accès à certains lieux, établissements et événements : le « passe sanitaire ». Ce dernier dispositif en particulier s'apparente à une interdiction conditionnelle d'accès à de nombreux lieux, concernant une partie non-négligeable des Français.

Il s'ensuit donc que le maintien de ce régime juridique est susceptible d'affecter de manière substantielle de multiples droits et libertés constitutionnellement garantis, et en particulier la liberté d'aller et de venir et le droit à la vie privée et familiale normale, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Par ailleurs, là où le régime de l'état d'urgence sanitaire établi par la loi ° 2020-290 du 23 mars 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19* prévoit à son article 2 que l'application des pouvoirs spéciaux qu'il accorde au Gouvernement ne peut être autorisée au-delà d'un mois que par la loi, aucun dispositif similaire n'existe pour le régime de gestion de la sortie de l'urgence sanitaire.

Votre Conseil avait déjà, dans l'analyse de ce régime opérée dans sa décision n°2021-824 DC du 5 août 2021, relevé qu'il appartenait au législateur de concilier la protection de la santé et les droits et libertés susceptibles d'être affectés par ces mêmes mesures. Vous aviez alors fait valoir que votre contrôle de la prorogation de ce régime portait sur l'inadéquation manifeste de l'appréciation de la situation par le législateur.

Or, la durée brève de la prorogation effectuée par la loi du 5 août 2021 – de l'ordre d'un mois et demi, du 30 septembre au 15 novembre – laissait la possibilité au législateur de réviser son appréciation au regard des éléments nouveaux, et donc d'assurer une bonne conciliation des exigences en matière de santé publique et de protection des droits et libertés. Par contraste, la prorogation opérée par la loi déferée porte sur une durée de huit mois et demi, plus de cinq fois supérieure à celle de la précédente prorogation. Ce laps de temps particulièrement long n'a pas permis au législateur de sérieusement anticiper durant ses travaux l'évolution des circonstances sanitaires sur l'ensemble de la durée de la prorogation envisagée.

Compte tenu de la faible visibilité demeurant sur l'évolution de la situation épidémique, attestée par le Conseil scientifique dans les scénarii à moyen terme exposés dans son avis du 5 octobre 2021, il n'est donc pas possible d'exclure que ces mesures ne deviendront pas manifestement inadéquates et disproportionnées significativement avant l'échéance prévue par le texte.

En outre, si l'accélération de la circulation du virus « covid-19 » durant la période hivernale a effectivement été relevée par le Conseil scientifique dans son avis, cette circonstance ne suffit pas à elle seule à fonder une prolongation du régime de gestion de la sortie de crise sanitaire sur une durée qui dépasse très largement les mois hivernaux.

Les indicateurs relatifs à la vaccination de la population française ou à l'évolution de la gravité de la maladie pour les personnes qui en sont atteintes, notamment le nombre des hospitalisations et des placements en service de réanimation et le nombre des décès, ainsi que l'évolution rapide des traitements par l'admission et la diffusion de nouveaux médicaments, montrent que la combinaison des différents déterminants du contrôle de l'épidémie est encore très mouvante, ce qui justifie de ne pas autoriser par avance sur longue période le Gouvernement à disposer sous le seul contrôle du juge administratif de moyens juridiques permettant d'imposer des restrictions importantes aux libertés. C'est en effet d'abord au Parlement de s'assurer que les pouvoirs extraordinaires qu'il confère au Gouvernement face à la pandémie ne puissent pas lui donner la faculté de porter massivement atteinte à des principes constitutionnels essentiels. En outre, la période retenue par la loi déferée implique par sa longueur que les pouvoirs conférés au Gouvernement seront à la disposition d'un gouvernement formé après l'élection présidentielle. C'est donc à l'aveugle que ces prérogatives sont attribuées alors que l'un des éléments de l'autorisation donnée par le Parlement est de toute évidence l'appréciation qu'il fait de la capacité du gouvernement, en fonction de sa composition, à exercer avec discernement lesdites prérogatives. Si cet inconvénient était inévitable et si les exigences de la lutte contre le virus covid-19 le justifiaient, il serait possible de l'assumer ; mais il aurait été encore temps de se donner une chance de n'avoir pas à s'exposer à ce risque en limitant la durée de l'autorisation législative de telle manière que le Parlement puisse décider de ne pas la reconduire, en tout ou partie de celle-ci, en fonction de l'évolution de la situation sanitaire.

Il résulte donc de cet allongement considérable des délais entre chaque instance d'appréciation de la situation sanitaire par le Parlement un risque que la conciliation entre l'objectif à valeur

constitutionnel de protection de la santé et les droits et libertés précités ne soit plus correctement opérée, engendrant un risque d'inadéquation des mesures, et d'atteinte manifestement disproportionnée à ces droits et libertés.

II – Le système d'information prévu par l'article 11 de la loi du 11 mai 2020 et modifié à plusieurs reprises depuis lors forme l'armature juridique du système d'information national et de dépistage et du système contact covid, destinés à assurer le traitement de données à des fins de lutte contre l'épidémie. Ces dispositifs dérogent donc au secret médical et à la nécessité de recueillir le consentement des personnes intéressées.

Il est constant que les dispositions de l'article 11 de la loi du 11 mars 2020 portent une atteinte au droit au respect de la vie privée. Leur constitutionnalité dépend donc de la conciliation opérée entre cette atteinte et l'objectif à valeur constitutionnel de protection de la santé publique, comme votre Conseil l'a reconnu dans sa décision n°2080-800 du 11 mai 2020.

Or, nous avons démontré plus haut que, sur la base des indicateurs disponibles, le prolongement jusqu'au 31 juillet 2022 d'un dispositif dérogatoire du droit commun et portant atteinte à un droit ou une liberté engendre un risque d'atteinte manifestement disproportionnée à ces dernières.

La durée du prolongement jusqu'au 31 juillet 2022 du système d'information prévu à l'article 4 du texte déféré est donc de nature à remettre en cause l'équilibre de la conciliation entre objectif à valeur constitutionnel de protection de la santé d'une part, et droits et libertés constitutionnellement protégés d'autre part.

Il s'ensuit que les prorogations jusqu'au 31 juillet 2021 du régime juridique résultant de la loi du 31 mai 2021 ainsi que du système de collecte et de traitement de données autorisé par l'article 11 de la loi n°2020-546 du 11 mai 2020 engendrent un risque d'atteinte disproportionnée aux libertés d'aller et de venir et au droit à la vie privée et familiale, susceptible de fonder la censure par votre Conseil des mots « 31 juillet 2022 » aux troisième et cinquième alinéa de l'article 2, ainsi qu'à l'alinéa unique de l'article 6 de la loi déférée.

**Article 9 – Incompétence négative et atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée**

L'article 9 du texte déféré autorise pour une durée limitée et un objet précis les directeurs des établissements d'enseignement scolaire primaire et secondaire, ainsi que les personnes qu'ils habiliteraient, à accéder à des informations relevant du secret médical et concernant le statut virologique de leurs élèves, ainsi que des cas « contacts potentiels » de ceux-ci. Il est notable que cet article, issu d'un amendement, n'a fait l'objet ni d'une étude d'impact, ni d'un avis du Conseil d'Etat.

Cette disposition, entachée d'incompétence négative, constitue, par ailleurs, aussi une atteinte disproportionnée à la vie privée et familiale des élèves des établissements scolaires concernés, ainsi que de leur entourage.

*Moyen fondé sur l'incompétence négative entachant la loi déférée*

L'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 fixe les bornes du domaine de la loi. Conformément à l'intention du constituant de 1958, votre Conseil opère sur ce fondement un contrôle de l'intégrité du domaine de la loi, afin que le législateur ne reporte pas sur le pouvoir réglementaire la responsabilité de la fixation de certaines règles réservées à la loi. Dans le cas où le législateur n'aurait pas vidé sa compétence, en n'assortissant pas le dispositif d'un texte de précisions suffisantes pour permettre sa mise en œuvre correcte, les dispositions en question seraient inconstitutionnelles car entachées d'incompétence négative.

En se bornant à prévoir que « *les directeurs des établissements d'enseignement scolaire des premier et second degrés et les personnes qu'ils habilitent spécialement à cet effet peuvent avoir accès aux informations relatives au statut virologique des élèves, à l'existence de contacts avec des personnes contaminées et à leur statut vaccinal* », aux « *seules fins de faciliter l'organisation de campagnes de dépistage et de vaccination et d'organiser les conditions d'enseignement* », l'article 9 n'offre pas de précisions suffisantes afin d'organiser les modalités de sa mise en œuvre. Ses objectifs sont formulés en des termes généraux, sans être assortis de précisions permettant d'en apprécier les orientations concrètes, ni même d'un renvoi au décret. Or, l'article 34 de la Constitution prévoit que « *la loi fixe les règles concernant (...) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ». Ces

garanties sont ici absentes. En particulier votre Conseil relèvera que nul critère n'est légalement défini quant aux personnes qui peuvent être « habilitées spécialement » pour prendre connaissance d'informations médicales. Cela pourrait être parfaitement des personnes étrangères à l'établissement ou sur lesquelles le directeur n'exerce aucune autorité hiérarchique.

Par contraste, on observera que la dérogation au secret médical organisée par l'article 11 de la loi n°2020-546 du 11 mai 2020 prévoit, outre des conditions strictes de collecte et de conservation des données, des modalités précises de leur emploi et des personnes susceptibles d'y avoir accès. C'était au visa de ces garanties, et sous plusieurs réserves appelant le pouvoir réglementaire à offrir des garanties supplémentaires, que votre Conseil avait admis la constitutionnalité de ce dispositif à l'occasion de votre décision n°2020-800 du 11 mai 2020.

Votre Conseil censurera par conséquent l'article 9 du projet de loi, qui est entaché d'incompétence négative.

*Moyen fondé sur l'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée*

Le dispositif établi par l'article 9 porte également une atteinte disproportionnée au secret médical, et donc au droit au respect de la vie privée. L'importance de ce principe est telle que votre Conseil a encore récemment réaffirmé, à l'occasion de sa décision n°2021-917 QPC du 11 juin 2021, qu'il était nécessaire que soit « *observée une particulière vigilance dans la communication des données à caractère personnel de nature médicale* ». Plus encore, cette vigilance doit porter sur « *la conduite de ces opérations et la détermination de leurs modalités* » (décision n°2021-819 DC du 31 mai 2021).

En l'espèce, les données virologiques et de contact avec des personnes contaminées des élèves seraient accessibles aux responsables de leurs établissements scolaires primaires et secondaires, ainsi qu'aux personnes désignées par ceux-ci. Il en résulte qu'un nombre non-négligeable d'agents, qui ne sont par ailleurs pas normalement récipiendaires d'informations relevant du secret médical, seraient habilités à avoir accès à celles-ci, sans que cette habilitation soit associée à des garanties particulières.

Par conséquent, non seulement cet article donne un accès injustifié et étendu à des informations relevant du secret médical à des personnes étrangères aux structures et circuits sanitaires

ordinaires, mais il n'offre, en outre, pas de garanties suffisantes sur le plan des facultés opérationnelles qui permettraient à ces personnes d'assurer la protection desdites informations.

Dans des circonstances comparables, à l'occasion de sa décision du 11 juin 2021 précitée, le Conseil constitutionnel avait déjà censuré des dispositions législatives qui permettaient à l'administration de recevoir communication d'informations relevant du secret médical au sein de la fonction publique, au titre d'un objectif à valeur constitutionnelle. Vous aviez alors considéré que ces dispositions portaient atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée.

Votre Conseil censurera par conséquent l'article 9, dont les dispositions portent une atteinte injustifiée et disproportionnée au secret médical.

#### **Articles 13 et 14 – Rétablissement inconstitutionnel d'habilitations à légiférer par ordonnance**

Les alinéas 3 à 7 de l'article 13 ainsi que le premier alinéa de l'article 14 du texte déféré, lesquels habilite le Gouvernement à prendre certaines mesures portant sur l'économie et l'emploi, furent supprimés par le Sénat durant la première lecture. Suite à l'échec de la commission mixte paritaire, ils furent rétablis en commission des lois de l'Assemblée nationale.

Le premier alinéa de l'article 38 de la Constitution prévoit que « *le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ». La conséquence de cette disposition est que seul le Gouvernement peut demander au Parlement l'autorisation de prendre de telles ordonnances. C'est sur le fondement de ce principe que votre Conseil a, par sa décision n° 2006-534 DC du 16 mars 2006, censuré une habilitation à légiférer par ordonnance résultant d'un amendement n'émanant pas du Gouvernement.

Or, les habilitations précitées furent rétablies durant l'examen en commission de l'Assemblée nationale par le biais de deux amendements déposés par le rapporteur. Il s'ensuit donc que les dispositions issues de ces amendements autorisant le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures relevant du champ de la loi sont contraires à l'article 38 de la Constitution, et

encourent la censure de votre Conseil.

Pour tous ces motifs et ceux que vous relèveriez d'office, les sénateurs soussignés vous invitent à censurer les dispositions contestées des articles 2, 6, 13 et 14, ainsi qu'à censurer l'article 9 de la loi déferée.

Les sénateurs soussignés compléteront, le cas échéant, cette demande dans des délais raisonnables.