

N° 7606³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2019-2020

PROJET DE LOI

portant introduction d'une série de mesures concernant les personnes physiques dans le cadre de la lutte contre le virus SARS-CoV-2 (Covid-19) et modifiant

- 1. la loi modifiée du 25 novembre 1975 concernant la délivrance au public des médicaments ;**
- 2. la loi modifiée du 11 avril 1983 portant réglementation de la mise sur le marché et de la publicité des médicaments**

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Avis de la Commission nationale pour la protection des données (8.6.2020)	1
2) Avis du Parquet Général (5.6.2020)	8
3) Avis du Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (4.6.2020).....	11
4) Avis du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg.....	12

*

**AVIS DE LA COMMISSION NATIONALE POUR
LA PROTECTION DES DONNEES**

(8.6.2020)

Conformément à l'article 57, paragraphe 1^{er}, lettre (c) du règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (ci-après « le RGPD »), auquel se réfère l'article 7 de la loi du 1^{er} août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données, la Commission nationale pour la protection des données (ci-après désignée « la Commission nationale » ou « la CNPD ») « *conseille, conformément au droit de l'État membre, le parlement national, le gouvernement et d'autres institutions et organismes au sujet des mesures législatives et administratives relatives à la protection des droits et libertés des personnes physiques à l'égard du traitement* ».

En date du 4 juin 2020, Madame la Ministre de la Santé a saisi la Commission nationale à se prononcer sur le projet n°7606 portant introduction d'une série de mesures concernant les personnes physiques dans le cadre de la lutte contre le virus SARS-CoV-2 (COVID-19) et modifiant 1. la loi modifiée du 25 novembre 1975 concernant la délivrance au public des médicaments ; 2. la loi modifiée du 11 avril 1983 portant réglementation de la mise sur le marché et de la publicité des médicaments (ci-après le « projet de loi »). Dans ledit courrier Madame la Ministre a précisé que le projet en cause devra entrer en vigueur au plus tard le 24 juin 2020, date de la levée de l'état de crise, et que partant, elle nous prie de lui faire parvenir notre avis endéans les plus brefs délais. La CNPD tient à souligner

que son avis a ainsi été élaboré et adopté uniquement sur base des informations dont elle dispose et sous réserve d'éventuelles considérations futures non connues à ce jour.

Le présent projet de loi a pour objet de créer un cadre légal se rapportant à des mesures prises à l'égard des personnes physiques pour continuer la lutte contre le Covid-19 en limitant la propagation du SARS-CoV-2 sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg moyennant un catalogue limité de mesures bien circonscrites. Il ressort de l'exposé des motifs qu'à côté des mesures centrées sur les personnes physiques, le projet de loi s'articule autour des trois axes suivants :

- la limitation de la liberté de rassemblement ;
- l'application de mesures de protection ainsi que l'identification, le suivi et la mise à l'écart rapide des personnes infectées et susceptibles d'être infectées ;
- l'instauration de « *certaines garanties autour du traitement des données nécessaires au suivi des personnes et à la lutte contre la pandémie.* »

La Commission nationale tient à souligner à titre préliminaire que la protection des données personnelles n'est pas à considérer comme obstacle à la mise en place d'un traitement de données à caractère personnel dans le cadre de la lutte contre l'épidémie Covid-19, tant que les principes fondamentaux prévus par le RGPD sont respectés. Elle entend ainsi limiter ses observations aux dispositions du projet de loi ayant une répercussion sur le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel, et plus précisément à son article 9.

Ad article 9 du projet de loi n°7606

L'article 9 du projet de loi n°7606 vise la création d'un système d'information par la Direction de la santé, afin de surveiller l'évolution de la situation liée au Covid-19 et de formuler des recommandations dans l'intérêt de la santé publique à l'attention du Gouvernement (ci-après : le « système d'information »). Le commentaire de l'article précise qu'à cette fin, un système de monitoring avec différents indicateurs et types de données est mis en place, incluant tant des données à caractère personnel que des données à caractère non personnel qui doivent obligatoirement être transmises à l'autorité de santé publique.

En vertu du paragraphe (2) de l'article 9 du projet de loi, différentes données à caractère personnel concernant les personnes infectées ou présumées infectées au Covid-19 sont à transmettre à la Direction de la Santé par les établissements hospitaliers, les structures d'hébergement et les réseaux de soins en vue de détecter, évaluer, surveiller et combattre le Covid-19. Ces données sont énumérées aux articles 3 et 4 de la loi du 1er août 2018 sur la déclaration obligatoire de certaines maladies dans le cadre de la protection de la santé publique. Étant donné que le projet de loi ne définit pas d'autres catégories de données individuelles à fournir que celles énumérées aux articles 3 et 4 susmentionnées, la Commission nationale estime que le présent article est à lire restrictivement et que nonobstant le fait que l'énumération des données à collecter comprend la précision « au moins », elle ne doit pas être élargie en l'espèce, sinon il faudrait le préciser. La Commission nationale comprend donc qu'il s'agit plus spécifiquement du nom, prénom, adresse, date de naissance, diagnostic médical, date des 1^{ers} symptômes et date du diagnostic médical, date de prélèvement et origine du prélèvement, pays où la maladie a été contractée et la source d'infection si connue.

Il est donc indéniable que des catégories particulières de données à caractère personnel, dites données « sensibles », seront traitées à travers ce système d'information. Ces données, incluant les données concernant la santé, sont spécifiquement réglementées par l'article 9 du RGPD. Par principe, il est interdit de traiter des données sensibles, sauf si une des dix conditions prévues au paragraphe (2) de l'article 9 du RGPD est remplie. Sous réserve des commentaires qui suivent et face à la déclaration du 30 janvier 2020 de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) que l'apparition du coronavirus SARS-CoV-2 (Covid-19) constitue une « urgence sanitaire mondiale », ainsi qu'à la déclaration subséquente de l'état de crise sur base de l'article 32 paragraphe 4 de la Constitution luxembourgeoise par règlement grand-ducal du 18 mars 2020¹, la CNPD considère que l'exception prévue à l'article 9 paragraphe 2) lettre i) du RGPD est applicable en l'espèce. Ladite disposition prévoit plus précisément que le traitement de données sensibles peut être effectué lorsqu'il est « *nécessaire pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique, tels que la protection contre les menaces transfrontalières graves*

¹ Il s'agit du règlement grand-ducal du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19.

pesant sur la santé, ou aux fins de garantir des normes élevées de qualité et de sécurité des soins de santé et des médicaments ou des dispositifs médicaux, sur la base du droit de l'Union ou du droit de l'État membre qui prévoit des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits et libertés de la personne concernée, notamment le secret professionnel. »

Le considérant (46) du RGPD précise dans ce contexte que certains types de traitements peuvent être justifiés à la fois par des motifs importants d'intérêt public et par les intérêts vitaux de la personne concernée, par exemple lorsque le traitement est nécessaire pour suivre des épidémies et leur propagation.

En sus de l'article 9 du RGPD, le traitement de données à caractère personnel envisagé par la Direction de la santé doit se baser sur un des critères de licéité prévus à l'article 6 du RGPD. Sur base des mêmes considérations, la CNPD estime que ledit traitement est à considérer comme étant « *nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement* » (article 6 paragraphe (1) lettre e) du RGPD).

Le considérant (54) du RGPD énonce dans ce contexte que le « *traitement des catégories particulières de données à caractère personnel peut être nécessaire pour des motifs d'intérêt public dans les domaines de la santé publique, sans le consentement de la personne concernée.* »

La base légale de l'intérêt public sur laquelle repose donc le traitement en question² rend applicable l'ensemble des droits prévus par le RGPD au bénéfice des personnes concernées, à l'exclusion du droit à la portabilité. Le projet de loi n°7606 prévoit néanmoins en son article 9 paragraphe (4) que les personnes infectées ou présumées infectées ne peuvent pas s'opposer au traitement de leurs données dans le système d'information visé audit article. Par cette exclusion du droit d'opposition, il apparaît que les auteurs du projet de loi font usage de la faculté offerte par l'article 23 paragraphe (1) lettre e) du RGPD de limiter les droits des personnes pour garantir, notamment, des objectifs importants de santé publique.

Sans préjudice de ses remarques sous le point 2. concernant la durée de conservation des données, la CNPD peut a priori comprendre que cette limitation du droit d'opposition des personnes infectées, ainsi que des personnes présumées infectées et dont le test s'avère positif, est obligatoire afin de pouvoir suivre l'évolution de ce virus encore très peu connu par le monde scientifique, surtout qu'à « *ce stade il est prématuré d'affirmer avec certitude que la présence d'anticorps équivaut à une immunité contre l'infection, voire de se prononcer sur la durée éventuelle de cette protection. Donc, à l'heure actuelle, un résultat positif d'un test sérologique ne garantit pas une immunité.* »³

Néanmoins, la CNPD ne disposant pas des compétences scientifiques et épidémiologiques nécessaires, elle n'est pas en mesure d'évaluer, sans explications supplémentaires et plus précises de la part des auteurs du projet de loi, si la restriction absolue du droit d'opposition des personnes présumées infectées, mais dont le test s'avère négatif, est vraiment nécessaire dans le cadre de la lutte contre le Covid-19.

Par ailleurs, en vertu du paragraphe (2) de l'article 23 du RGPD, chaque mesure législative qui vise à limiter les droits des personnes concernées doit obligatoirement contenir un certain nombre de dispositions spécifiques y énumérées. Afin d'évaluer si le texte du projet de loi n°7606 respecte les dispositions du RGPD et répond plus particulièrement aux exigences de l'article 9 paragraphe (2) lettre i) du RGPD et dudit article 23 paragraphe (2) du RGPD, la CNPD analysera successivement les finalités du traitement et les catégories de données à caractère personnel (1.), la durée de conservation des données (2.), les garanties destinées à prévenir les abus ou l'accès ou le transfert illicites (3.), ainsi que le droit des personnes d'être informées (4.).

2 Par l'article 6 paragraphe (1) lettre e) tout comme l'article 9 paragraphe 2) lettre i) du RGPD.

3 Communiqué de presse du 22 mai 2020 du Ministère de la Santé et du Ministère de l'Enseignement supérieur et de la recherche : « *COVID-19 – Une stratégie de test ambitieuse et au service de la santé publique* », disponible sous : <https://gouvernement.lu/dam-assets/documents/actualites/2020/05-mai/Communique-de-presse-depistage-2252020-.pdf>.

1. Quant aux finalités du traitement et aux catégories de données à caractère personnel

L'article 9 paragraphe (1) du projet de loi n°7606 énumère quatre différentes finalités poursuivies par la mise en place du système d'information dont la Direction de la santé est à considérer comme responsable du traitement conformément au sens de l'article 4 point 7) du RGPD. En vertu de l'article 5 paragraphe (1) lettre b) du RGPD, les finalités d'un traitement de données doivent être déterminées, explicites et légitimes. La CNPD considère que les finalités, telles que décrites actuellement à l'article 9 du projet de loi n°7606, peuvent paraître assez larges, ce qu'elle peut a priori comprendre vu que les conséquences et le développement futur du Covid-19 n'ont pas encore pu être analysés en détail par la Direction de la santé. Néanmoins, au vu de l'ampleur du traitement et de la sensibilité des données qui y seront traitées, la Commission nationale rappelle que ces finalités doivent s'entendre strictement et que tout usage des données qui ne s'inscrirait pas dans celles-ci ne respecterait pas le principe de la limitation des finalités inscrit dans le RGPD.

En ce qui concerne les catégories de données à caractère personnel, la CNPD s'interroge sur les catégories de personnes concernées dont les données sont traitées. La stratégie de test liée au Covid-19 présentée par Madame la Ministre de la Santé le 22 mai 2020⁴ comporte trois différentes manières dont les tests de diagnostic PCR⁵ sont utilisés au Luxembourg : de manière réactive en présence de symptômes, de manière active au profit de certaines catégories de personnes particulièrement à risque, ainsi que de manière préventive par échantillons représentatifs (« cluster prevalence studies ») pour accompagner le déconfinement.

Selon la compréhension de la CNPD de la configuration du système d'information, ce dernier contiendra les données relatives à deux différentes catégories de personnes concernées :

- Les personnes infectées, donc celles qui ont été testées positives au virus SARS-CoV-2, soit suite à un test prescrit par un médecin en présence de symptômes, soit suite à un test ayant eu lieu de manière active au profit de certaines catégories de personnes particulièrement à risque ou de manière préventive pour accompagner le déconfinement (les « cluster prevalence studies », le projet d'étude CON-VINCE et le « large scale testing »).

La CNPD comprend qu'en combinant les dispositions de loi du 1er août 2018 sur la déclaration obligatoire de certaines maladies dans le cadre de la protection de la santé publique, ainsi que l'article 9 paragraphe (2) du projet de loi n°7606, les médecins, les médecins-dentistes, les responsables de laboratoires d'analyses médicales, les établissements hospitaliers, les structures d'hébergement et les réseaux de soins sont obligés de transmettre les données relatives aux personnes infectées ou présumées infectées au Covid-19 à la Direction de la Santé. Néanmoins, pour des raisons de clarté, elle propose d'énumérer de manière exhaustive les différentes sources de données dans le corps du texte de l'article 9 paragraphe (2) du projet de loi n°7606.

- Les personnes présumées infectées, c'est-à-dire celles visées par une des situations prévues à l'article 2 point 4⁶ du projet de loi n°7606. Dans ce contexte, la CNPD se pose une question concernant le système du « contact tracing » qui, à l'heure actuelle, est effectué de manière manuelle au Luxembourg. Il ressort des explications contenues sur le site du gouvernement luxembourgeois dédié au Corona virus⁷ que l'objectif poursuivi par ledit système de traçage est de s'assurer que les personnes qui ont eu des contacts à haut risque avec une personne dont l'infection est confirmée, donc les personnes présumées infectées, se mettent en auto-quarantaine afin de tenter de rompre la chaîne de transmission du virus.

La Commission nationale se demande néanmoins quelle est la source des données à caractère personnel des personnes présumées infectées et comment celles-ci auront connaissance de leur obligation de se mettre en quarantaine. Est-ce que la personne infectée communique les données

4 Communiqué de presse du 22 mai 2020 du Ministère de la Santé et du Ministère de l'Enseignement supérieur et de la recherche : « COVID-19 – Une stratégie de test ambitieuse et au service de la santé publique », disponible sous : <https://gouvernement.lu/dam-assets/documents/actualites/2020/05-mai/Communique-de-presse-depistage-2252020-.pdf>.

5 Test de diagnostic (qRT-PCR) (real-time polymerase chain reaction) utilisé au Luxembourg et reposant sur un prélèvement par écouvillon réalisé au niveau nasal (naso-pharyngé) ou par la bouche (oro-pharyngé), à la recherche du matériel génétique du virus à partir du prélèvement.

6 Visant les différentes situations quand une personne devient une « personne présumée infectée ».

7 <https://coronavirus.gouvernement.lu/fr/citoyens.html>.

d'identification (nom, prénom, n° de téléphone, etc.) des personnes présumées infectées à la Direction de la santé qui les insérera dans le système d'information et les contactera par la suite ? Ou est-ce que, par contre, la personne infectée contactera directement les personnes présumées infectées, ces dernières étant dans ce cas obligées de se manifester de leur propre gré auprès de la Direction de la santé qui insérera qu'à ce moment-là leurs données dans le système d'information afin de pouvoir les suivre?

Dans le cas de figure où la source est la personne infectée qui transmet les données à la Direction de la santé, la CNPD constate que cette source n'est pas énumérée au paragraphe (2) de l'article 9 du projet de loi. Le cas échéant, il y aurait lieu de rajouter au texte la personne infectée comme source, tout comme il faudrait rajouter, le cas échéant, le numéro de téléphone à la liste des données qui peuvent être traitées, dans la mesure où cette donnée est la plus efficace et la plus rapide pour contacter les personnes.

La CNPD part de l'hypothèse que les données de tous les individus dont le test a été négatif, hormis la catégorie des personnes présumées infectées, ne sont pas transmises à la Direction de la Santé par les établissements hospitaliers, les structures d'hébergement et les réseaux de soins et ne devraient, a fortiori, pas se retrouver dans le système d'information. Au cas où le système d'information contiendrait néanmoins lesdites données, la Commission nationale se demande quelle serait la finalité poursuivie par ce traitement. A priori, elle est d'avis qu'aucune des finalités mentionnées à l'article 9 paragraphe (1) du projet de loi n°7606 ne permet l'enregistrement et la conservation dans le système d'information des données d'individus dont le test a été négatif (hormis de nouveau la catégorie des personnes présumées infectées). Si la finalité poursuivie est la réalisation d'études scientifiques, statistiques et/ou d'appui à la politique, et dans la mesure où il ne serait pas possible de réaliser ces traitements à partir de données anonymisées, la CNPD estime que dans ces hypothèses précises une collecte de données pseudonymisées devrait s'avérer suffisante.

Sous ces conditions, la CNPD estime que la liste des catégories de données à caractère personnel énumérées ci-dessus⁸ n'est pas excessive au regard des finalités du traitement et respecte le principe de minimisation des données qui doit conduire à ne collecter que les données strictement nécessaires (article 5 paragraphe (1) lettre c) du RGPD). Par ailleurs, ladite liste de données à transférer (en plus du numéro de téléphone, le cas échéant) par les établissements hospitaliers, les structures d'hébergement et les réseaux de soins (en plus de la personne infectée comme source, le cas échéant) à la Direction de la Santé doit être considérée comme exhaustive et ne pourra pas excéder les catégories de données y mentionnées.

2. Quant à la durée de conservation

L'article 5 paragraphe (1) lettre (e) du RGPD prévoit que les données à caractère personnel doivent être « *conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées* ». Il ressort par ailleurs du considérant (45) du RGPD que lorsque le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement, il devrait appartenir au droit de l'Union ou au droit d'un Etat membre d'établir, entre autres, la durée de conservation des données. De plus, comme déjà susmentionné, l'article 5 paragraphe (1) lettre (b) du RGPD prévoit que les données à caractère personnel doivent être « *collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités* ».

Ainsi, la durée de conservation doit être déterminée en fonction de l'objectif ayant conduit à la collecte des données en cause. Une fois cet objectif atteint, ces données devraient être supprimées ou anonymisées (afin notamment de produire des statistiques).

L'article 9 paragraphe (5) du projet de loi n°7606 dispose que les données à caractère personnel des personnes infectées ou présumées infectées seront conservées dans le système d'information sous une forme permettant l'identification des personnes pendant « *la durée nécessaire pour prévenir et combattre le Covid-19 et les données sont anonymisées au plus tard six mois après que la loi cesse de produire ses effets.* »

⁸ Nom, prénom, adresse, date de naissance, diagnostic médical, date des 1ers symptômes et date du diagnostic médical, date de prélèvement et origine du prélèvement, pays où la maladie a été contractée et la source d'infection si connue.

A priori, la loi en projet sous examen entrera en vigueur le lendemain de sa publication au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg pour une durée d'un mois (article 13 du projet de loi n°7606). Les auteurs du projet de loi expliquent dans l'exposé des motifs que la particularité du projet de loi repose sur son applicabilité dans le temps et qu'elle produira des effets a priori uniquement du 25 juin 2020, fin de l'état de crise, au 25 juillet 2020.

Dans le commentaire de l'article 13 du projet de loi il est précisé que « *la situation sanitaire en relation avec la propagation du Covid-19 est en constante évolution ce qui explique la durée d'application limitée de la présente loi.* » La Commission nationale comprend dès lors que l'état de la crise sanitaire sera réévalué avant le 24 juillet 2020 et en fonction des résultats, elle suppose que la Chambre des députés pourra, le cas échéant, décider de prolonger l'applicabilité de la loi en cause.

Il ressort de ce qui précède qu'il y a un double délai de conservation des données : le premier délai étant celui de la fin d'applicabilité de la loi (a priori le 24 juillet 2020 mais en fonction des circonstances, ce délai pourrait être étendu comme susmentionné) et le deuxième délai se situe six mois après la fin du premier délai.

Le commentaire de l'article 9 du projet de loi n°7606 précise dans ce contexte qu'« *eu égard aux finalités du système d'information, la durée de conservation des données nominatives contenues dans le système est limitée à la durée de la gestion de la pandémie, augmentée d'une durée de six mois pour traiter d'éventuelles demandes de traitement de données provenant d'autorités de santé étrangères ou européennes ainsi que pour traiter d'éventuelles demandes liées à la recherche scientifique, historique ou à des fins statistiques.* »

La Commission nationale tient à souligner tout d'abord qu'elle ne dispose pas de l'expertise scientifique et épidémiologique nécessaire, afin d'évaluer si la conservation même des données dans le système d'information des personnes présumées infectées, mais dont le test s'avère négatif, est vraiment nécessaire dans le cadre de la lutte contre le Covid-19. En l'absence d'explications plus précises par les auteurs du projet de loi, elle ne peut pas apprécier si d'éventuels arguments d'experts scientifiques et épidémiologiques permettent de justifier pourquoi ces données devraient être conservées pendant un certain laps de temps.

Au regard du RGPD, il est nécessaire et primordial de définir une durée de conservation des données au sein du système d'information de la Direction de la santé qui soit proportionnée au regard de la finalité poursuivie. Partant, il est nécessaire de définir des critères objectifs permettant de justifier une durée de conservation adéquate.

Au risque de se répéter, la CNPD n'étant pas experte en matière de santé et de gestion d'épidémies, il est difficile pour elle d'évaluer s'il est proportionné, afin de combattre l'expansion du Covid-19, que les données à caractère personnel des personnes infectées et présumées infectées seront conservées dans le système d'information pendant un nombre déterminé de mois. Elle se demande néanmoins quelles sont les raisons sanitaires et/ou scientifiques qui ont amené les auteurs du projet de loi à insérer dans l'article 9 paragraphe (5) du RGPD une durée de conservation spécifique de 6 mois après que la future loi cessera de produire ses effets.

A titre de comparaison, la loi française n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions contient une disposition a priori similaire au texte proposé par le législateur luxembourgeois. En effet, l'article 11 dispose « *qu'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'Etat et mis en oeuvre par le ministre chargé de la santé.* »

Or, l'alinéa 2 de l'article 11 précité contient une précision importante, dans la mesure où « *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* ». Ainsi, même si le système français en lui-même pourra fonctionner jusqu'au plus tard six mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire, les données à caractère personnel devraient régulièrement être supprimées, voir anonymisées, trois mois après qu'elles ont été collectées.

En Belgique, l'arrêté royal n°25 du 28 mai 2020 modifiant l'arrêté royal n°18 du 4 mai 2020 portant création d'une banque de données auprès de Sciensano dans le cadre de la lutte contre la propagation

du coronavirus COVID-19, est entré en vigueur le 5 juin 2020. Comme l'arrêté royal n°18 du 4 mai 2020 cessait déjà ses effets le 4 juin 2020, il a été décidé de le proroger jusqu'au 30 juin 2020. Dans le rapport au roi, la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique belge a précisé que « *le délai pour l'effacement des données à caractère personnel serait ajusté en conséquence (le 5 juillet 2020 au lieu du 9 juin 2020)* », soit une durée de conservation des données de cinq jours après la fin de validité de l'arrêté en cause.

Pour conclure, la CNPD ne peut que constater que les législateurs des pays voisins du Luxembourg ont opté dans ce contexte pour des durées de conservation beaucoup plus courtes. Or, comme susmentionné, la Commission nationale n'a pas les éléments et explications nécessaires à sa disposition pour se prononcer sur la proportionnalité d'un délai de conservation des données des personnes infectées et présumées infectées de six mois après que la loi cessera de produire ses effets.

Afin de garantir que les données ne soient pas conservées plus longtemps que nécessaire, des délais devraient être fixés soit pour leur effacement, soit pour un examen périodique. Ainsi, une alternative serait de prévoir qu'en fonction de l'évolution du Covid-19, la pertinence d'une durée de conservation a priori plus brève que six mois, fasse l'objet d'une évaluation régulière, surtout qu'à l'heure actuelle, il n'est pas possible de prédire combien de fois et pendant quel laps de temps l'applicabilité de la loi en projet sera prolongée.

3. Quant aux garanties destinées à prévenir les abus ou l'accès ou le transfert illicites

La Commission nationale rappelle que, quel que soit le contexte d'urgence, des garanties suffisantes au regard du respect des principes fondamentaux du droit à la protection des données à caractère personnel doivent être apportées. L'encadrement des accès à des données de santé est essentiel dans ce contexte au regard des exigences prévues par l'article 9 paragraphe 2 lettre i) du RGPD.

En vertu de l'article 9 paragraphe (3) du projet de loi sous revue, « *seuls les médecins et professionnels de la santé, nommément désignés et habilités dans le cadre de la présente loi par le directeur de la santé ou de son délégué pour détecter, évaluer, surveiller et combattre le Covid-19 sont autorisés à accéder aux données relatives à la santé des personnes infectées ou présumées infectées.* » Ledit paragraphe continue en limitant l'accès aux données relatives à la santé dans la stricte mesure où il « *est nécessaire à l'exécution des missions légales ou conventionnelles qui leur sont confiées pour prévenir et combattre le Covid-19.* »

Etant donné le caractère sensible des données relatives à la santé, la Commission nationale ne peut qu'approuver que le cercle des personnes pouvant accéder aux données liées à la santé et le contexte dans lequel ils y accèdent est circonscrit. Il ressort de l'article 9 paragraphe (3) du projet de loi que toutes les personnes que le directeur de la santé peut habilitier à accéder au système d'information sont soumises au secret professionnel prévu à l'article 458 du Code pénal, comme il est par ailleurs exigé par l'article 9 paragraphe 2 lettre i) précité du RGPD.

L'article 9 paragraphe (5) du projet de loi requiert en plus que les « *données sont traitées dans des conditions permettant d'en garantir la sécurité, la confidentialité et l'intégrité.* » Au vu de la nature et du volume des données traitées ainsi que des risques pour les personnes en cas d'atteinte à la sécurité des données, la CNPD estime incontournable que des mesures de sécurité technique et organisationnelle adéquates soient mises en place afin de garantir un niveau de sécurité à l'état de l'art du secteur de la santé.

A cet égard, la CNPD tient à souligner l'importance de l'obligation de sécurité prévue à l'article 5 paragraphe (1) lettre f) et à l'article 32 du RGPD, exigeant que des mesures techniques et organisationnelles garantissant un niveau de sécurité adapté au risque, soient mises en place. Elle considère que la mise en oeuvre du traitement de données à caractère personnel contenues dans le système d'information devra en particulier garantir le recours à une authentification forte des personnes ayant accès et ledit système devrait être doté d'un traçage (journalisation) individuel des accès pendant une durée de cinq ans à partir de l'enregistrement du log, ce qui constitue une garantie supplémentaire en matière de protection des données à caractère personnel. Il est également primordial que les données soient détruites irréversiblement après l'expiration du délai de conservation.

4. Quant aux droits des personnes concernées

Le paragraphe (4) de l'article 9 du projet de loi précise que « *les droits des personnes concernées prévus par le règlement général sur la protection des données (UE) 2016/679 s'exercent auprès de la*

Direction de la santé ». Pour ce qui est de la limitation du droit d'opposition, la CNPD renvoie à ses observations ci-avant.

En vertu des articles 13 et 14 du RGPD, le responsable du traitement est obligé de fournir aux personnes concernées certaines informations lorsque des données à caractère personnel sont collectées directement auprès d'elles ou indirectement à travers un tiers. Une information précise et adaptée devra donc être apportée aux personnes concernées dans un contexte sanitaire particulier.

Ainsi, en vertu de l'article 14 du RGPD, la Direction de la santé est obligée de fournir ces informations à la personne infectée, ces données provenant a priori d'un tiers (les établissements hospitaliers, les structures d'hébergement et les réseaux de soins). En ce qui concerne les données à caractère personnel relatives aux personnes présumées infectées dans le contexte du « contact tracing », il n'est pas clair si cette collecte s'effectue de manière directe par la Direction de la santé ou de manière indirecte (par exemple via la personne infectée elle-même). Dans les deux hypothèses, le droit à l'information desdites personnes est à respecter par la Direction de la santé.

Finalement, la CNPD tient à préciser qu'au moment où une personne effectue un test, elle devrait en principe déjà être informée du fait qu'en cas de résultat positif, ses données à caractère personnel seront transférées vers la Direction de la santé et y enregistrées dans leur système d'information.

Ainsi décidé à Esch-sur-Alzette en date du 8 juin 2020.

La Commission nationale pour la protection des données

Tine A. LARSEN

Présidente

Christophe BUSCHMANN

Commissaire

Thierry LALLEMANG

Commissaire

Marc LEMMER

Commissaire

*

AVIS DU PARQUET GENERAL

(5.6.2020)

Les autorités judiciaires n'ont pas été invitées à aviser le projet de loi quoique certaines dispositions devraient les concerner, en particulier l'article 7 relatif à l'hospitalisation forcée et l'article 10 relatif aux sanctions et à la procédure de l'avertissement taxé. L'article 10 n'appellera pas d'autres observations alors que cette disposition reprend la procédure mise en place par l'article 6 du Règlement grand-ducal modifié du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19.

L'article 4 paragraphe 3 du projet vise en particulier le port du masque dans les salles d'audience des juridictions. Le parquet général entend rendre attentif au fait qu'une disposition similaire figure à l'article 1^{er} du projet de loi relative à certaines modalités concernant les audiences des juridictions et portant législation de certaines modalités procédurales en matière pénale. Le fait de prévoir ces dispositions dans deux projets de loi différents ne semble pas s'imposer. La soussignée renvoie à son avis certes succinct du 25 mai 2020 relatif à ce dernier projet de loi. Il est certes utile de prévoir que le président de chambre peut en vertu de sa prérogative de police d'audience autoriser le retrait du masque pendant le temps de la déposition, des plaidoiries et du réquisitoire du parquet pour autant que la distance interpersonnelle de deux mètres puisse être respectée.

L'article 7 du projet de loi prévoit une procédure particulière d'hospitalisation forcée. Il s'agit d'une procédure qui s'inspire de celle prévue à l'article 11 de la loi modifiée du 21 novembre 1980 portant organisation de la direction de la santé permettant l'hospitalisation forcée d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse refusant ou négligeant de se faire traiter. Cette procédure avait été introduite par l'article 11 de la loi du 28 juillet 1971 modifiant les articles 10 et 11 de la loi du 31 décembre 1952 portant abrogation de la loi du 18 mai 1902 concernant l'institution des médecins-inspecteurs et l'exercice de leurs attributions et nouvelle organisation du service des médecins-inspecteurs.

Certains principes semblent avoir été repris de la loi modifiée du 10 décembre 2009 relative à l'hospitalisation sans consentement de personnes atteintes de troubles mentaux. Au vu du commentaire de l'article plus que succinct et des interrogations qu'on peut avoir quant à la mise en pratique de la procédure proposée il aurait peut-être été préférable de se référer simplement à la procédure de droit commun prévue à l'article 11 de la loi précitée du 21 novembre 1980 même s'il aurait fallu réfléchir depuis longtemps à réformer respectivement adapter ces dispositions pour tenir compte du principe du contradictoire et des droits de la défense, il est un fait que cette procédure subsiste même si elle n'a pas fait l'objet d'une application fréquente dans le passé.

L'article 7 paragraphe 1^{er} prévoit l'hospitalisation forcée d'une personne infectée qui présente à son domicile réel ou élu un danger pour la santé ou la sécurité d'autrui et qui s'oppose à être hébergée dans un autre lieu approprié et équipé. Le procureur d'Etat (sans doute celui du lieu de domicile de la personne infectée) prend la décision de l'hospitalisation forcée par voie d'ordonnance et sur requête préalable et motivée du directeur de la santé à laquelle est joint un certificat médical établissant le diagnostic d'infection.

Si le domicile déclaré figurant au RNPP est une notion à laquelle il est fait référence dans de nombreuses dispositions légales de procédure la notion de domicile réel pose problème. Comment savoir si une personne est domiciliée à une autre adresse que son domicile déclaré ? La notion de domicile élu pose le même problème alors qu'il faudrait identifier quel est précisément ce domicile qui ne correspond pas au domicile déclaré. Qu'en est-il des personnes qui sont susceptibles d'être visées en particulier par cette procédure et qui ne disposent d'aucun domicile ?

Le procureur d'Etat décide ensuite de l'hospitalisation forcée par voie d'ordonnance.

Son pouvoir de décision est certes limité alors qu'il sera astreint à reprendre les motifs de la requête à laquelle il se référera respectivement aux données figurant sur le certificat médical qui ne fait qu'établir le diagnostic d'infection.

Aucun délai endéans lequel il est supposé prendre sa décision n'est prévu.

Le procureur d'Etat sera donc amené à se fier aux renseignements unilatéraux fournis par le directeur de la santé, d'autres renseignements n'étant pas à sa disposition.

La Police pourra être chargée de l'exécution de l'ordonnance laquelle fera l'objet d'une notification. Cette ordonnance devrait pour autant être accompagnée de l'information du droit de recours tel que prévu à l'article 7 paragraphe 4 respectivement de celle du droit de se faire assister par un avocat et finalement du droit d'obtenir une traduction de la décision respectivement de l'ordonnance du parquet. Tous ces droits fondamentaux de la défense qui font actuellement partie de notre arsenal législatif en matière de procédure pénale et notamment dans le cadre des privations de liberté ne sont pas consacrés par le projet sous avis. Il est tout à fait exceptionnel qu'en cette matière le procureur soit amené à prendre une décision par voie d'ordonnance qui est une voie réservée aux juges appelés à statuer.

Si la Police doit être chargée de l'exécution de la décision du procureur, d'Etat il faudrait s'assurer que les moyens pour ce faire soient disponibles afin d'assurer la sécurité des agents chargés de l'exécution.

Le procureur d'Etat peut d'office procéder à tout moment à l'élargissement de la personne infectée. Sur base de quelles informations sera-t-il à même de prendre une telle décision si ce ne sont que les informations fournies par le directeur de la santé ? Sa marge d'appréciation sera donc dans la pratique relativement limitée.

Le jour même de l'admission de la personne infectée dans un établissement hospitalier ou une autre institution, établissement ou structure approprié et équipé, le président du tribunal d'arrondissement du lieu de résidence de la personne infectée est informé de la décision, du procureur d'Etat ainsi que de la requête motivée du directeur de la santé. Dans le cadre de cette disposition il est fait référence à la résidence de la personne infectée alors qu'au paragraphe 1^{er} il était question de domicile réel ou élu. Qu'en est-il des personnes qui seront en particulier susceptibles d'être visées par cette procédure et qui sont sans domicile ni résidence ?

Le dossier sera dans la pratique simplement transmis par le procureur d'Etat au président territorialement compétent et de ce fait on ne voit pas l'utilité de consigner cette transmission sur un registre spécial tenu au greffe qui n'est d'ailleurs pas occupé les weekends ?

Dans les 48 heures qui suivent l'admission, le président statuera par voie d'ordonnance soit de la continuation de l'hospitalisation forcée au regard du danger persistant pour la santé ou la sécurité

d'autrui et du refus persistant d'exécuter l'isolement soit de la mainlevée de la décision d'hospitalisation Forcée. Sur base de quels éléments le président qui n'est pas un expert médical pourra-t-il prendre une autre décision que celle proposée par le directeur de la santé? Comment pourra-t-il apprécier si une personne refuse obstinément de s'isoler ? Faudra-t-il charger la Police du contrôle respectivement quels sont les moyens disponibles si une personne persiste à vouloir faire usage de sa liberté d'aller et venir ?

Le projet dispose qu'il sera permis au président de se déplacer auprès de la personne infectée ? On peut certes se poser la question si cette faculté peut réellement être mise en pratique alors que si une telle, visite se conçoit dans le cadre de la procédure de placement de personnes souffrant de troubles mentaux elle est difficile à mettre en oeuvre et même peu envisageable dans le cadre d'une personne infectée par le COVID-19. Le président pourra également entendre toute personne pouvant lui donner des avis ou des renseignements utiles pour la prise de décision le tout dans les 48 heures suivant l'admission. Il appartient donc au président d'effectuer les investigations nécessaires, d'identifier les personnes susceptibles de fournir des renseignements, de les convoquer en bonne et due forme, de procéder à leur audition laquelle devra être transcrite par écrit alors qu'il s'agit d'un élément du dossier de la procédure et finalement de rédiger sa décision motivée le tout en un délai très limité les jours ouvrables et les weekends. A cela s'ajoute que l'ordonnance du président devrait mentionner la voie de recours ce qui n'est pas expressément prévu dans le projet. Cette décision devra faire l'objet d'une notification par une voie qui n'est pas non plus précisée.

Le recours contre l'ordonnance doit être introduit par simple lettre sommairement motivée dans les cinq jours à compter de la notification de l'ordonnance à faire parvenir au greffe du tribunal d'arrondissement. Au tribunal d'arrondissement, chaque chambre dispose de son greffe et il faudrait donc que ce recours parvienne au guichet du greffe qui est commun à toutes les chambres. Les procédures au tribunal d'arrondissement sont initiées soit par assignation soit par requête, mais jamais par simple lettre.

La personne infectée pourra se faire assister ou représenter conformément à l'article 106, paragraphes 1 et 2 du Nouveau Code de procédure civile. Cet article vise les audiences du juge de paix alors que l'article 935 du Nouveau Code de procédure civile est applicable à la procédure devant le tribunal d'arrondissement en matière de référés.

Est-ce qu'il y aura un débat contradictoire à l'audience ? Quelles sont les modalités de convocation, quels sont les délais à respecter, quelle est la chambre qui aura à connaître de ce recours ? Est-ce que le procureur d'Etat sera amené à conclure ? Le projet sous avis dispose en effet que la personne infectée est assistée ou peut se faire représenter. Est-ce que la Police sera chargée de l'escorte ? Est-ce que le jugement ou l'ordonnance rendue sera susceptible d'appel ? Le projet sous avis ne précise pas la procédure applicable.

Est-ce qu'on ne risque pas qu'au terme de cette première procédure une deuxième procédure soit lancée au regard de la prolongation. de la mesure d'isolement prévue à l'article 6 du projet sous avis ?

Au regard de ces observations on en arrive à conclure que la procédure telle qu'envisagée génère plus d'interrogations que de solutions et que sous le couvert de vouloir introduire un débat contradictoire on en aboutit à une procédure pour le moins unilatérale dans laquelle la personne à hospitaliser de manière forcée est privée de ses droits effectifs de sa défense.

Martine SOLOVIEFF
Procureur général d'Etat

**AVIS DU PARQUET DU
TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG**

(4.6.2020)

Le soussigné se borne à commenter les dispositions de l'article 7 du projet de loi sous rubrique, la procédure y décrite étant inédite à plus d'un égard.

Selon le projet (Art. 7(1)), le directeur de la santé saisit le Procureur d'Etat (sans autre précision quant à la compétence territoriale de ce dernier, point élémentaire qu'il y aurait cependant lieu de préciser) d'une requête motivée afin de faire hospitaliser par voie d'ordonnance du Procureur d'Etat de façon forcée une personne infectée et présentant à son domicile réel ou élu un danger pour sa santé ou la sécurité d'autrui et qui s'oppose à être hébergée dans un autre lieu approprié et équipé, et ce pour une durée maximale de la durée de l'ordonnance d'isolement restant à exécuter telle que définie à l'article 6 du projet.

Le fait que l'on veuille attribuer au Procureur d'Etat un rôle juridictionnel dans une matière non nécessairement pénale est déjà assez extraordinaire en soi.

Comment le Procureur est-il censé apprécier in concreto s'il y a danger pour la santé ou la sécurité d'autrui par le fait qu'une personne infectée se trouve confinée à son propre domicile et qu'elle s'oppose à un hébergement approprié ? Dans ce contexte, l'on a d'ailleurs du mal à saisir la notion de domicile élu. Il y a lieu de préciser cette notion afin d'en saisir le bien-fondé.

Le Procureur devra forcément s'entourer de tous renseignements utiles avant de prendre sa décision en toute indépendance. Pourra-t-il recourir aux services de la police dans un contexte qui n'a pas Forcément une connotation pénale ? L'intéressé, a-t-il des possibilités de faire valoir ses moyens avant la prise d'une telle ordonnance susceptible d'entraver fortement les droits de la personne ?

Aucun délai n'est prévu pour la prise de l'ordonnance, de sorte qu'il y a un risque à ce que la durée d'isolement prescrite par le directeur de la santé ne soit révolue avant la prise de décision. Quid si le Procureur décide de ne pas ordonner l'hospitalisation forcée : le directeur de la santé, a-t-il un droit de recours ? Rien n'est prévu.

L'alinéa 3 du paragraphe (1) prévoit que le Procureur peut à tout moment procéder à l'élargissement de la personne infectée, sur avis du directeur de la santé. Quid si le Procureur décide de ne pas suivre l'avis du directeur de la santé : celui-ci a-t-il un recours ? La personne hospitalisée dispose-t-elle d'un recours contre l'ordonnance d'hospitalisation du Procureur d'Etat ? Un tel recours – élémentaire dans la mesure où il s'agit de libertés fondamentales de la personne hospitalisée – n'est pas prévu.

Le paragraphe (2) prévoit qu'en cas d'hospitalisation forcée, le président du tribunal d'arrondissement du lieu de résidence (quelle est la différence entre cette notion et celle de domicile réel ou élu ?) de la personne infectée est informé le jour de l'admission. Il n'est pas prévu qui est censé fournir cette information, alors même que seul l'établissement concerné pourra logiquement fournir celle-ci. Encore faudrait-il le mentionner expressément.

Le Président du tribunal d'arrondissement est censé « informer » par voie d'ordonnance le directeur de la santé soit que rien ne s'oppose au maintien de l'hospitalisation forcée, soit que l'hospitalisation forcée n'est pas ou plus indiquée. Une ordonnance n'informe pas, mais prononce une décision. En ce qui concerne les difficultés d'enquête préalable à la prise de l'ordonnance (qui est censée être prononcée endéans les 48 heures suite à l'admission), il est renvoyé à ce qui a été dit à propos de l'enquête à mener par le Procureur d'Etat.

Dans la mesure où le Procureur d'Etat se voit assigner un rôle déterminant dans la procédure préalable, il serait logique de lui impartir un droit de conclusions dans cette phase de la procédure. Pourquoi en effet disposer sinon au paragraphe (3) in fine qu'une copie de l'ordonnance du Président est transmise au Procureur d'Etat? Or, rien n'est prévu à cet égard, pas plus qu'un droit de recours contre l'ordonnance du Président du Tribunal d'arrondissement de la part ni du Procureur d'Etat, ni du directeur de la santé.

Quant à la personne hospitalisée, elle peut certes introduire un recours devant le tribunal d'arrondissement « par lettre simple », procédure prévue nulle part en Matière de procédure civile et dépourvue de toute garantie de sécurité juridique. Il n'est pas prévu de quelle façon se compose l'instance du tribunal d'arrondissement et selon quelle procédure ce recours est censé être vidé. Ce qui est plus particulier encore est le fait que la même juridiction statue en instance de recours contre une ordonnance de son propre Président.

Il découle des développements qui précèdent que le soussigné ne saurait en aucun cas marquer son accord avec la procédure prévue.

Le Procureur d'Etat,
Georges OSWALD

*

AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG

Le tribunal d'arrondissement se limitera à commenter l'article 7 sub (2) à 7 sub (4) du projet de loi qui concerne plus particulièrement sa juridiction. Il est à noter que le commentaire des articles reste muet quant à cette disposition.

Le tribunal a tout d'abord beaucoup de mal à comprendre la formulation « *domicile réel ou élu de la personne infectée* ».

L'article 7 sub (3) du projet de loi prévoit que dans les 48 heures qui suivent l'admission de la personne infectée dans un établissement approprié, le président du tribunal ou le magistrat qui le remplace informe le directeur de la santé, par voie d'ordonnance, ou bien, que rien ne s'oppose à la mesure à l'hospitalisation forcée, ou bien, qu'il y a lieu d'ordonner la sortie immédiate de la personne infectée. Généralement le président du tribunal ne communique pas par voie d'ordonnance avec une personne déterminée, mais il rend des décisions qui sont le cas échéant communiquées aux personnes concernées, c.à.d., en l'occurrence, la personne infectée et le parquet qui a pris la décision initiale de l'hospitalisation forcée. Si cette dernière communication est bien prévue, il se pose cependant la question si le parquet est entendu en ses conclusions le cas échéant écrites. Qu'en est-il de la personne infectée ? Peut-elle exprimer son avis sur la question ? Ou bien est-ce que les circonstances justifient que cette décision qui suit une première ordonnance du parquet, soit également prise unilatéralement, bien qu'il s'agisse d'une mesure d'hospitalisation forcée.

Par ailleurs, et c'est là le problème majeur que soulève l'article 7 du projet de loi, sur quel avis le président du tribunal, qui, faut-il le rappeler n'est pas un expert médical, peut-il baser sa décision qu'il doit rendre dans les 48 heures. Il est vrai qu'il peut se déplacer auprès de la personne infectée, mais est-ce vraiment sérieux d'envisager un telle hypothèse ? Il peut aussi entendre toute personne pouvant lui donner un avis ou en renseignement. Cela présuppose que dans les 48 heures dont il dispose pour rendre sa décision (qui devra nécessairement être motivée à défaut de quoi tout recours reste illusoire), le président fasse des investigations poussées. Il est prévu aussi que le président « *apprécie* » la requête motivée du directeur de la santé au regard du diagnostic d'infection et du caractère approprié du lieu d'exécution. Mais comment le président du tribunal pourra-t-il apprécier l'avis du directeur de la santé, en l'absence d'une autre pièce médicale. Que se passe-t-il, si le président du tribunal n'est pas en mesure de rassembler les informations utiles dans les 48 heures ? Il faut supposer qu'il sera obligé d'ordonner la sortie de la personne infectée, alors qu'il ne sera pas en mesure de motiver le maintien de la décision de l'hospitalisation forcée.

L'article 7 sub (4) du projet de loi prévoit qu'un recours peut être introduit par la personne infectée devant le tribunal d'arrondissement par une simple lettre. Le tribunal d'arrondissement peut être saisi par assignation ou par requête, mais certainement pas par simple lettre. Il n'est pas autrement précisé suivant quelle procédure nécessairement particulière le tribunal d'arrondissement devra statuer sur ce recours.

En conclusion : l'application des mesures telles que proposées nous semble illusoire en l'état.