

Avis de la Commission nationale pour la protection des données relatif à la proposition de loi n°7808 relative à la stratégie de dépistage du virus Covid-19 dans les structures pour personnes vulnérables et dans les réseaux d'aides et de soins

Délibération n° 20/AV16/2021 du 28/05/2021

Conformément à l'article 57, paragraphe 1er, lettre (c) du règlement (UE) n°2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, 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 1er 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 ».

Par courrier en date du 19 mai 2021, Madame la Ministre de la Santé a invité la Commission nationale à se prononcer sur la proposition de loi n°7808 de Monsieur le Député Michel Wolter relative à la stratégie de dépistage du virus Covid-19 dans les structures pour personnes vulnérables et dans les réseaux d'aides et de soins (ci-après la « proposition de loi »). Dans la mesure où des amendements ont été adoptés par la Commission de la Santé et des Sports en date du 19 mai 2021, le présent avis portera sur la proposition de loi, telle qu'amendée.

La proposition de loi a pour objet de rendre obligatoire la réalisation de tests autodiagnostiques servant au dépistage du SARS-CoV-2 pour les membres du personnel¹, les prestataires de services externe² ainsi que les visiteurs âgés de six ans et plus³, avant l'entrée dans l'une des structures visées à l'article 1 du texte sous avis, à moins qu'ils puissent présenter un résultat négatif d'un test d'amplification génique du virus SARS-CoV-2 datant de moins de soixante-douze heures ou d'un test antigénique rapide SARS-CoV-2 certifié datant de moins de vingt-quatre heures⁴.

L'article 6 de la proposition de loi précise que sont exemptes de ces obligations, les personnes précitées qui sont en mesure de présenter un certificat de vaccination Covid-19 valable ou un certificat de test de dépistage sérologique prouvant la présence d'anticorps anti-coronavirus dans le sang reconnus par la Direction de la santé.

A titre de remarque liminaire, la Commission nationale se demande pourquoi de telles obligations seraient instaurées uniquement dans le chef des dites structures alors que des obligations similaires ne semblent pas être prévues, à l'heure actuelle, pour d'autres organismes, hormis les établissements de restauration, de débit de boissons, d'hébergement, les cantines et les restaurants sociaux⁵.

De plus, il ne ressort pas clairement de la proposition de loi, ni du commentaire des articles, si des traitements de données à caractère personnel seraient effectués par l'employeur ou l'exploitant d'une des structures, visées à l'article 1 de la proposition de loi, suite à la

¹ Article 4 de la proposition de loi, telle qu'amendée

² Article 5 de la proposition de loi, telle qu'amendée

³ Article 3 de la proposition de loi, telle qu'amendée

⁴ Articles 3 à 5 de la proposition de loi, telle qu'amendée

⁵ Voir Chapitre 1bis de la loi modifiée du 17 juillet 2020 sur les mesures de lutte contre la pandémie Covid-19.

présentation par un visiteur, un employé ou un prestataire de service externe, du résultat négatif ou positif du test antigénique rapide ou du test Covid-19 PCR, d'un certificat de vaccination ou d'un certificat de test de dépistage sérologique prouvant la présence d'anticorps anti-coronavirus dans le sang⁶.

L'employeur ou l'exploitant collectera-t-il ou enregistrera-t-il les données figurant sur lesdits tests ou lesdits certificats suite à leur présentation ?

A cet égard, il y a lieu de rappeler que le RGPD n'aura vocation à s'appliquer que lorsqu'un traitement de données à caractère personnel sera effectué, par exemple si le fait qu'un employé ou visiteur a présenté un résultat de test antigénique rapide, un certificat de vaccination ou un certificat de test de dépistage sérologique est amené à être consigné par l'organisme. En effet, conformément à l'article 2 paragraphe (1) du RGPD « [l]e présent règlement s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier ». De plus, l'article 4 paragraphe (2) du RGPD définit le traitement comme « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction ».

Par ailleurs, bien que ces problématiques ne relèvent pas du domaine de la protection des données, la CNPD s'interroge, en termes de droit du travail, sur les conséquences d'un refus par un employé ou un prestataire de service externe de se soumettre à de telles obligations. L'employé devra-t-il travailler à un autre poste ? Quelles seront les conséquences pour un prestataire de service externe alors que la structure n'est pas son employeur ?

En outre, dans l'hypothèse où des traitements de données seraient effectués dans le cadre de la proposition de loi, ceux-ci doivent reposer sur une des bases de licéité énumérée à l'article 6 du RGPD ainsi que respecter l'une des conditions visées à l'article 9, paragraphe (2), du RGPD dans la mesure où des données relatives à la santé des personnes concernées seraient susceptibles d'être traitées.

A ce titre, il y a lieu de rappeler que le traitement de données à caractère personnel collectées et traitées en vertu d'une obligation légale doit reposer sur une base légale conformément à l'article 6, paragraphe (3), du RGPD, lu ensemble avec son paragraphe (1), lettres c). Conformément à l'article 6, paragraphe (3), du RGPD cette obligation légale devrait définir les finalités du traitement et contenir « des dispositions spécifiques pour adapter l'application des règles du présent règlement, entre autres : les conditions générales régissant la licéité du traitement par le responsable du traitement; les types de données qui font l'objet du traitement; les personnes concernées; les entités auxquelles les données à caractère personnel peuvent être communiquées et les finalités pour lesquelles elles peuvent l'être; la limitation des finalités; les durées de conservation; et les opérations et procédures de traitement, y compris les mesures visant à garantir un traitement licite et loyal, telles que celles prévues dans d'autres situations particulières de traitement comme le prévoit le chapitre IX ».

Le considérant 41 du RGPD précise encore que cette mesure législative devrait être claire et précise et son application devrait être prévisible pour les justiciables, conformément à la

⁶ Article 7 de la proposition de loi, telle qu'amendée dispose que « « [l]e résultat du test antigénique rapide ou du test Covid-19 PCR, le certificat de vaccination ou le certificat de test de dépistage sérologique prouvant la présence d'anticorps anti-coronavirus dans le sang sont à présenter à l'employeur ou à l'exploitant de la structure sur simple demande. ».

jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme⁷.

Or, force est de constater que si des traitements de données devaient être effectués sur base de la proposition de loi, ceux-ci ne pourraient valablement reposer sur une telle base de licéité alors que le dispositif sous avis ne respecte pas les exigences exposées ci-avant.

Enfin, il y a encore lieu de s'interroger sur ce qu'il adviendra lorsque l'employeur ou la structure pour personne vulnérable sera confrontée à une personne lui présentant un test positif.

A ce sujet, l'article 8 de la proposition de loi dispose que « [t]out test autodiagnostique servant au dépistage du SARS-CoV-2 positif d'une des personnes mentionnées dans les articles 3 à 5 nécessite un auto-isolément immédiat de la personne qui s'est testée et une déclaration par la personne à l'inspection sanitaire de la Direction de la Santé. La procédure et les modalités pratiques de l'auto-déclaration en cas de résultat de test positif par la personne qui s'est testée elle-même sont définies par voie de règlement grand-ducal. ».

La Commission nationale comprend dès lors que la transmission de données de santé dans ce cadre serait directement effectuée par la personne concernée à l'inspection de la Direction de la Santé, de sorte qu'aucun traitement de données ne serait mis en œuvre par les structures pour personnes vulnérables ou les employeurs.

Néanmoins, dans la mesure où la CNPD n'est pas en possession du projet de règlement grand-ducal qui aurait pour objet de définir la procédure et les modalités pratiques de l'auto-déclaration en cas de résultat de test positif par la personne qui s'est testée elle-même, celle-ci ne peut se prononcer plus en détails à ce sujet.

En conclusion, en considération des observations qui précèdent, la Commission nationale considère que dans l'hypothèse où des traitements de données seraient effectués par les organismes concernés, le texte sous avis ne respecterait pas les exigences de clarté, de précision et de prévisibilité auxquelles un texte légal doit répondre, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme⁸, et ne peut, dès lors, se prononcer plus en détail sur les éventuels aspects qui seraient liés à la protection des données personnelles.

Ainsi décidé à Belvaux en date du 28 mai 2021.

La Commission nationale pour la protection des données

Tine Annemarie Larsen Digitally signed by Tine Annemarie Larsen Date: 2021.05.28 10:15:51 +02'00'	Thierry Lallemand Digitally signed by Thierry Lallemand Date: 2021.05.28 11:09:55 +02'00'	CHRISTOPHE NICOLAS BUSCHMANN Digitally signed by CHRISTOPHE NICOLAS BUSCHMANN Date: 2021.05.28 10:19:47 +02'00'	Marc Ernest Jean-Pierre Lemmer Digitally signed by Marc Ernest Jean-Pierre Lemmer Date: 2021.05.28 10:56:07 +02'00'
Tine A. Larsen Présidente	Thierry Lallemand Commissaire	Christophe Buschmann Commissaire	Marc Lemmer Commissaire

⁷ En ce sens, voir M. Besch, « Traitement de données à caractère personnel dans le secteur public », Normes et légistique en droit public luxembourgeois, Luxembourg, Promoculture Larcier, 2019, p.470, n°619. Voir entre autres CourEDH, Zakharov e. Russie [GCL n°47413/06], § 228-229, 4 décembre 2015, CourEDH, Vavřička et autres c. République tchèque (requêtes n°47621/13 et 5 autres), § 276 à 293, 8 avril 2021.

⁸ En ce sens, voir M. Besch, « Traitement de données à caractère personnel dans le secteur public », Normes et légistique en droit public luxembourgeois, Luxembourg, Promoculture Larcier, 2019, p.469, n°619; Voir entre autres CourEDH, Zakharov e. Russie [GCL n°47413/06], § 228-229, 4 décembre 2015, CourEDH, Vavřička et autres c. République tchèque (requêtes n°47621/13 et 5 autres), § 276 à 293, 8 avril 2021.

