



HAL
open science

L'outil de traçage StopCovid: entre inefficacité et proportionnalité

Winston Maxwell

► **To cite this version:**

Winston Maxwell. L'outil de traçage StopCovid: entre inefficacité et proportionnalité. Légipresse : l'actualité du droit des médias, de la communication et des réseaux sociaux, 2020. hal-02612317

HAL Id: hal-02612317

<https://telecom-paris.hal.science/hal-02612317>

Submitted on 28 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Communication numérique*L'outil de traçage StopCovid :
entre inefficacité et
proportionnalité***Winston Maxwell**

Directeur d'Études,
Droit et numérique, Télécom Paris
Institut Polytechnique de Paris

En rendant l'outil de traçage StopCovid volontaire, on réduit son impact sur la vie privée, mais on affaiblit en même temps son efficacité sur le plan épidémiologique. Selon le réseau européen eHealth³, il faudrait un taux d'adoption de 60 % à 75 % pour que le dispositif soit efficace, et ce taux n'est probablement pas atteignable sur la base du volontariat. Or, la jurisprudence de la CJUE exige qu'une mesure soit *véritablement efficace*, c'est-à-dire *essentielle* à la réalisation de l'objectif d'intérêt général poursuivi⁴.

Plutôt que d'examiner l'application StopCovid sous l'angle du RGPD (ce que la CEPD vient de faire dans ses lignes directrices du 21 avr. 2020)⁵, j'aborderai le sujet sous l'angle de la proportionnalité. La protection de la santé publique est un droit fondamental reconnu par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par la Constitution française de 1946⁶, mais elle doit être appliquée avec équilibre par rapport à d'autres droits fondamentaux comme la protection de la vie privée.

I - PROPORTIONNALITÉ ET SANTÉ PUBLIQUE

Les lecteurs de Légipresse connaissent la jurisprudence sur la proportionnalité en matière de liberté d'expression, mais probablement moins celle en matière de santé publique. Dans l'affaire *Léger*⁷, la Cour de justice de l'Union européenne a examiné la proportionnalité d'un arrêté français qui interdisait le don de sang à tout « homme ayant eu une relation sexuelle avec un homme », une mesure qui mettait en conflit la protection de la santé publique et la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. En ce qui concerne le caractère nécessaire de la mesure, la Cour de justice a demandé à la Cour de cassation de vérifier si le recours à des tests virologiques avec une

période de quarantaine du plasma, et/ou l'utilisation de questionnaires permettraient, sans inconvénient disproportionné pour l'État, d'arriver à un niveau de protection sanitaire équivalente. L'avocat général est plus précis, demandant que les affirmations sur le risque associé aux hommes homosexuels soient étayées par des statistiques récentes, représentatives et fiables⁸. L'avocat général a relevé des incohérences dans les justifications scientifiques avancées par le gouvernement français, incohérences qui affaiblissent selon lui le caractère « nécessaire » de la mesure. Conclusion : l'efficacité de la mesure est un élément essentiel du test de la proportionnalité.

II - QUELLES LEÇONS TIRER DE CETTE JURISPRUDENCE POUR L'APPLICATION « STOPCOVID » ?

Pour l'application StopCovid, le principal point d'achoppement concernera la *nécessité* de la mesure. Selon le contrôleur européen à la protection des données personnelles, le test de nécessité exige une évaluation factuelle sur l'efficacité de la mesure au regard de l'objectif poursuivi. Ainsi, une mesure qui s'avèrerait inutile échouerait au test de la proportionnalité⁹. Si on se réfère aux conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Léger*, la nécessité sur le plan sanitaire doit s'apprécier notamment au regard de « statistiques fiables, représentatives et récentes », et par rapport à d'éventuelles incohérences dans les justifications fournies.

Les données disponibles à ce jour montrent que les approches volontaires de traçage, essentiellement l'application singapourienne TraceTogether, génèrent un taux d'adoption d'entre 10 % et 20 % alors que, selon le réseau européen eHealth, il faudrait un taux d'au moins 60 % pour être efficace¹⁰. Si l'on suit la méthodologie du contrôleur européen, l'application StopCovid ne serait pas efficace et échouerait au test de la proportionnalité. Il est vrai que la jurisprudence sur la proportionnalité concerne des mesures obligatoires bien plus intrusives que l'application StopCovid. Ainsi, le test de nécessité pourrait être assoupli pour tenir compte du contexte de l'application, et notamment son faible impact sur la vie privée en raison de son caractère volontaire et des

³ eHealth Network, Mobile applications to support contact tracing in the EU's fight against covid-19, 15 avr. 2020, p. 19.

⁴ Contrôleur européen de la protection des données (EDPS), Guide pour l'évaluation de la nécessité des mesures limitant le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel, 11 avr. 2017, p. 17.

⁵ CEPD, Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the covid-19 outbreak, 21 avr. 2020.

⁶ Art. 35 de la Charte ; 11^e al. de la Préambule de la Constitution de 1946.

⁷ CJUE 29 avr. 2015, aff. C-528/13, *Léger c/ Ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes c/ Etablissement français du sang*, AJDA 2015. 837 ; *ibid.* 1093, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2015. 1470, et les obs., note A. Debet ; *ibid.* 2016. 752, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 915, obs. Regine ; AJ fam. 2015. 251, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RTD eur. 2016. 362, obs. F. Benoît-Rohmer.

⁸ Concl. de l'avocat général P. Mengozzi, pt 54.

⁹ Contrôleur européen (EDPS), Lignes directrices su CEPD portant sur l'évaluation du caractère proportionné des mesures limitant les droits fondamentaux à la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, déc. 2019, p. 11.

¹⁰ eHealth Network, *op. cit.*

mesures de protection qui l'entourent. Vu sous cet angle, le caractère volontaire de la mesure pourrait constituer à la fois le problème, en raison de son manque d'efficacité, et le remède, en raison de son plus faible impact sur la vie privée.

Comme l'application singapourienne¹¹, l'application StopCovid incorpore les principes de *privacy by design*, car elle n'utilise aucune donnée de géolocalisation, et crée des identifiants éphémères pour garantir un haut niveau de pseudonymisation. Les garanties institutionnelles de l'application ne sont pas encore connues, mais si l'on se réfère à la jurisprudence, ces garanties devraient inclure le contrôle par une commission indépendante¹², une limitation stricte dans le temps, et la possibilité pour le dispositif d'évoluer en fonction des dernières études épidémiologiques¹³. Santé publique France collecte déjà des données sur les maladies contagieuses à déclaration obligatoire¹⁴. Il serait logique que cette autorité assure également la gestion du système StopCovid, ce qui serait cohérent avec les recommandations de la Commission européenne¹⁵, et assurerait que l'ensemble des personnes ayant accès aux données soit soumis au secret médical¹⁶.

En matière de nécessité et d'efficacité, la Corée du Sud est un contre-exemple. Son dispositif de traçage obligatoire a permis au pays d'éviter un confinement généralisé tout en limitant la propagation du virus¹⁷. La loi coréenne sur la santé publique a été modifiée en profondeur après l'épidémie MERS en 2015, crise sanitaire pendant laquelle le gouvernement sud-coréen a été accusé d'amateurisme et de manque de transparence¹⁸. L'article 76-2 de la loi donne aux autorités de santé sud-coréennes des pouvoirs étendus de réquisition d'informations, y compris auprès d'opérateurs de télécom-

munications. Ces mesures sont encadrées par des mesures de protection au titre de la loi coréenne sur la protection des données personnelles, qui est l'une des plus protectrices de la région¹⁹. Le dispositif sud-coréen, plus intrusif que celui envisagé en France sur le plan de la protection des données personnelles, a ainsi permis d'éviter des mesures de confinement. En France, le débat public autour du traçage numérique suggère que celui-ci dérange les citoyens plus que le confinement, ce qui traduit sans doute une sensibilité particulière à l'égard des mesures de surveillance de l'État. Chaque pays met ces droits en équilibre en fonction de sa propre culture et histoire. L'approche coréenne effectue un

équilibrage différent, mettant clairement dans la balance le confinement d'une part, et le traçage et le port de masques obligatoires, d'autre part.

Après la crise actuelle, la France comme d'autres pays, sera amenée à revoir l'ensemble de son dispositif législatif concernant la lutte contre les épidémies. Il sera légitime à ce

moment-là d'examiner la pertinence du modèle sud-coréen, dont le cadre législatif confère aux autorités sanitaires des outils exceptionnels de réquisition, similaires à ceux dont disposent les autorités judiciaires en France pour la lutte antiterroriste. Il faudrait évidemment tenir compte du contexte français des droits fondamentaux, prévoir un encadrement institutionnel robuste, et ne pas sous-estimer « l'effet cliquet » lié à la généralisation d'outils de surveillance²⁰. Il est possible que l'approche sud-coréenne ne soit pas du tout adaptée à la France. Mais l'enjeu de santé publique paraît suffisamment important pour revoir entièrement le dispositif, en tenant compte des impératifs de nécessité et de proportionnalité imposés par la Cour de justice de l'Union européenne.

Le caractère volontaire de la mesure pourrait constituer à la fois le problème, en raison de son manque d'efficacité, et le remède, en raison de son plus faible impact sur la vie privée.

¹¹ C. Giroit, Tracer, non pas traquer : « TraceTogether », l'application mobile de lutte contre le covid-19 de Singapour, Dalloz actualité, 16 avr. 2020.

¹² Cour suprême d'Israël, *Association for Civil Right in Israel c. Prime Minister*, 19 mars 2020 (concernant le traçage anti-covid obligatoire).

¹³ Cons. const. 20 mars 2015, n° 2015-458 QPC, pt 9 (sur la vaccination obligatoire), AJDA 2015. 611 ; D. 2015. 687 ; *ibid.* 1919, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.* 2016. 674, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 1461, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; AJ fam. 2015. 222, obs. H. Daimallah ; *ibid.* 192, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RDSS 2015. 364, obs. D. Cristol.

¹⁴ CSP, art. L. 3113-1.

¹⁵ Communication de la Commission, *op. cit.*, pt 3.1.

¹⁶ CE 4 oct. 2019, n° 421329 (sur le fichier Hopsyweb des patients hospitalisés en soins psychiatriques sans consentement).

¹⁷ M. Ahn, How South Korea flattened the coronavirus curve with technology, *The Conversation*, 21 avr. 2020.

¹⁸ B. Kim, Lessons for America : How South Korean Authorities used Law to Fight the Coronavirus, *LawFareBlog.com*, 16 mars 2020.

¹⁹ La loi « PIPA » de la Corée du sud a été modifiée le 4 févr. 2020 pour lever les derniers obstacles à une reconnaissance par la Commission européenne du caractère adéquat de la protection des données personnelles en Corée du sud.

²⁰ Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, « Point sur les technologies de l'information utilisées pour limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 », 11 avr. 2020.