Fondation Jean Jaurès

Démocratie

STOPCOVID : IL FAUT UNE LOI

Jean-Philippe Derosier

28/04/2020

Dans sa contribution d'une série réalisée en partenariat avec L'Hétairie, le constitutionnaliste Jean-Philippe Derosier, professeur de droit public à l'université de Lille et auteur du blog La Constitution décodée, plaide pour que soient encadrées, par la loi, les conditions de mise en œuvre d'une application de traçage des contacts lors du déconfinement.

Si des raisons technologiques et juridiques plaident pour l'abandon pur et simple de l'application StopCovid, son implantation en France devrait passer par une loi.

Si le gouvernement persiste à recourir à une application de traçage des contacts lors du déconfinement, alors il faut que le Parlement vote : non seulement à l'issue du débat des 28 et 29 avril prochains, mais surtout pour encadrer ses conditions de mise en œuvre. Plusieurs arguments plaident en ce sens et, sans rendre impératif le recours à la loi, ils suffisent à se convaincre qu'il est indispensable.

On lit que l'application StopCovid remplirait les critères permettant son déploiement par simple décret : elle fonctionnerait sur la base du consentement de l'utilisateur et elle répertorierait des données personnelles de façon anonyme, sans que leurs titulaires puissent être identifiés. En effet, sous réserve du strict respect de ces conditions, le droit actuel, notamment le Règlement général sur les données personnelles (le fameux « RGPD »), permettrait l'utilisation d'une telle application destinée à prévenir des individus qui ont été en contact (à proximité) d'une personne diagnostiquée positive au Covid-19, au moment où ce diagnostic est confirmé par un médecin.

La confiance ne se décrète pas, elle s'inspire

D'ailleurs Waze, Uber, Frichti, ou encore WhatsApp et Facebook ne stockent-ils pas déjà de très nombreuses données personnelles, de façon non anonyme mais pleinement consentie par leurs utilisateurs ? Toutefois, la différence notable est qu'il s'agit d'opérateurs économiques privés, non de l'État qui s'introduirait ainsi dans nos vies.

De surcroît, le consentement libre et éclairé peut rapidement devenir contraint, du fait d'une pression sociale, voire gouvernementale. Certaines personnes, notamment du corps médical, ont

subi des pressions du simple fait qu'elles étaient en contact avec des malades et risquaient, ensuite, de contaminer leur voisinage. Qu'en sera-t-il, demain, de ceux qui refuseraient d'utiliser l'application ou ne seraient pas en mesure de le faire, car dépourvus de smartphone ? Peut-on totalement exclure que des employeurs n'imposent à leurs employés, de façon parfaitement illégale, d'installer l'application ? Ne peut-on pas imaginer que l'usage de l'application soit présenté, par le gouvernement, comme un gage du bon déroulement du déconfinement, permettant d'éviter un retour au confinement ? Autant d'interrogations qu'un débat législatif permettra de trancher, afin d'insuffler cette confiance indispensable à une adhésion large à l'application.

En effet, cette application ne peut efficacement fonctionner que si elle est largement utilisée. Pour cela, on peut la rendre obligatoire, mais alors le passage législatif est incontournable. On peut aussi espérer des utilisateurs qu'ils y souscrivent d'eux-mêmes et il faut alors qu'ils aient confiance. Or la confiance ne se décrète pas, elle s'inspire.

Les modalités d'une application de traçage des contacts de la population et les garanties nécessaires à la protection de nos libertés publiques, *a fortiori* pendant l'état d'urgence sanitaire, doivent être définies au grand jour, par la représentation nationale, dans les éclats d'un débat parlementaire, où pourront résonner les inquiétudes de chacun. Une décision relative à des données aussi personnelles que celles de nos contacts sera toujours sujette à suspicion si elle est prise par le seul gouvernement, à l'ombre et dans les couloirs de son administration.

C'est d'ailleurs le sens d'une communication de la Commission européenne du 17 avril 2020, qui recommande l'adoption d'une loi spécifique pour mettre en œuvre cette application, plutôt que de s'appuyer sur le droit constant et, notamment, le RGPD.

Notre Constitution prévoit que « la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». De même, elle protège le droit au respect de la vie privée. La loi pourra préciser l'objectif de l'application, les garanties relatives à l'anonymat et au consentement libre et éclairé de l'utilisateur, ainsi que les conséquences de l'avertissement reçu par les contacts, l'impact sur les droits et libertés constitutionnellement garantis étant différent entre une simple transmission d'une information et l'obligation de rester confiné et isolé pendant quatorze jours.

Le Conseil constitutionnel, devant lequel la loi pourra être déférée, exercerait un contrôle minutieux du respect de la vie privée, de la protection des données personnelles et de la liberté d'aller et venir. Ce sera un important gage de confiance et de neutralité, notamment vis-à-vis du Conseil d'État qui aurait à examiner un décret contesté devant lui, peu de temps après l'avoir

examiné pour avis : si on ne doute pas de son indépendance, elle ne serait, là, pas pleinement visible.

Enfin, la loi permettrait de mieux garantir le caractère strictement temporaire de l'application. Recourir à un tel traçage de contacts et traitement de données personnelles créerait un grave précédent, dans une société de plus en plus encline à la surveillance. S'il fallait y sacrifier, alors que ce soit le plus strictement et temporairement possible. La loi pourra ainsi fixer un terme à l'usage de l'application, comme elle l'a fait pour le régime de l'état d'urgence sanitaire.

À l'heure où l'exécutif impose des décisions particulièrement restrictives à nos libertés, à commencer par celle d'aller et venir, il serait fort bienvenu que la représentation nationale puisse examiner et adopter la base juridique permettant le déploiement d'une application pour le moins intrusive dans notre vie privée. Et que la démocratie ne soit pas, elle-même, confinée.

Ce billet est initialement paru sous forme de tribune sur Marianne.net le 27 avril 2020 et une traduction en italien est parue sur Le Huffington Post Italie.