



| ARTICLE |

Par Ahmed BALADI,
Avocat à la cour, Partner chez Gibson Dunn

| RECOURS AUX TECHNOLOGIES OU RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX, LE FAUX DILEMME DE L'UNION EUROPEENNE |

La crise sanitaire exceptionnelle que nous traversons conduit un grand nombre d'entre nous à comparer les méthodes mises en œuvre dans les différentes régions du monde afin de lutter contre l'épidémie de Covid-19, tout en regrettant que certaines d'entre elles ne soient pas suivies dans notre pays ou au sein de l'Union européenne. Parmi ces mesures, la traçabilité numérique qui consiste à collecter des données de géolocalisation à partir des téléphones portables et permettre ainsi de suivre le parcours des utilisateurs mérite une attention particulière.

Quelle est l'utilité de la traçabilité numérique ?

La traçabilité numérique remplit deux objectifs principaux : retracer, d'une part, le parcours d'un individu contaminé et ainsi alerter les personnes qui se trouvent à proximité de ce dernier, voire isoler celles qui ont été en contact avec celui-ci, et s'assurer, d'autre part, que les personnes qui se sont vues imposer un confinement respectent bien les directives des autorités évitant ainsi de propager l'infection. Les autorités s'appuient à cette fin sur les opérateurs télécoms qui assurent la transmission des données de géolocalisation collectées à partir des téléphones portables des personnes concernées. Ces opérations ciblées associées à d'autres mesures ont ainsi permis à Singapour et à la Corée du Sud d'éviter un confinement général de leurs populations.

Alors que le développement des nouvelles technologies telles que l'intelligence artificielle, les biotechnologies a fait l'objet ces dernières années d'un intérêt croissant voire stratégique de la part de nombreux Etats, une certaine déception se fait ressentir en France et en Europe face au faible recours voire à l'absence d'utilisation de ces solutions innovantes renvoyant ainsi chacun au même constat : **cette bataille contre l'épidémie est malheureusement menée avec des moyens d'une autre ère.**

Pourquoi n'avons-nous pas recours à une telle technologie en Europe ?

Plusieurs raisons peuvent être invoquées parmi lesquelles **le cadre réglementaire européen qui constitue a priori un obstacle.**

En effet, le traitement des données nécessaires à la traçabilité numérique est strictement encadré par le Règlement Général de la Protection des Données (le fameux RGPD) adopté le 27 avril 2016 et entré en application le 25 mai 2018.

Il serait malhonnête de ne pas reconnaître que le RGPD constitue dans son ensemble un dispositif très efficace de protection des libertés et droits fondamentaux des personnes. Ce règlement impose aux entités collectant des données personnelles des obligations très strictes notamment en matière de transparence, de recueil de consentement préalable à la collecte de données personnelles, de sécurité, d'exercice de droits tels que le droit à l'oubli ou encore le droit d'exercer un recours devant les autorités de contrôle ou les juridictions compétentes. Ce règlement de par son application extraterritoriale protège ces mêmes individus contre les éventuels abus commis par des entités non établies au sein de l'Union européenne, ces dernières étant pleinement soumises au RGPD dès lors qu'elles offrent leurs produits ou services sur le marché de l'Union européenne ou qu'elles mènent des activités de profilage d'utilisateurs situés sur le territoire de l'Union européenne.

Pour autant, si le RGPD remplit sa mission principale, il souffre d'un manque de flexibilité dans son interprétation et son application en particulier lorsque nous traversons une crise exceptionnelle qui exige des réponses immédiates et adaptées à la situation.

Nous ne pouvons que regretter qu'aucune autorité de contrôle des données personnelles, en ce compris la CNIL en France, ni même le Comité Européen de Protection des Données (CEPD) au niveau européen, n'ait émis un avis ouvrant la voie à la traçabilité numérique individuelle dans sa version la plus efficace. Certes le CEPD dans un avis datant du 19 mars 2020 a indiqué que le RGPD n'empêchait pas les États membres de prendre des mesures afin de lutter contre l'épidémie de Covid-19 tout en les invitant à collecter les données de géolocalisation sur une base anonyme et de manière agrégée. La Commission européenne a par la suite invité les opérateurs télécoms européens à partager leurs données de géolocalisation mais à nouveau de manière agrégée permettant uniquement de suivre de manière globale les déplacements de population. En France, Orange collabore ainsi avec l'Inserm en communiquant des données anonymisées et agrégées afin d'étudier les déplacements de masse et d'anticiper et d'adapter les moyens des centres hospitaliers.

Si ces mesures sont très utiles, elles sont encore bien éloignées des technologies de traçabilité mises en œuvre en Asie. La timidité des autorités de protection des données et le manque de concertation entre États membres ont contribué à creuser notre retard par rapport à l'Asie mais il est encore temps d'agir.

Comment pouvons-nous agir tout en respectant les principes applicables au sein de l'UE ?

Sur le plan strictement juridique, nous disposons d'arguments solides permettant de lever les obstacles à la mise en œuvre rapide et efficace d'une mesure de traçabilité numérique.

Certes, cette méthode consisterait à collecter des données de santé (individu testé positif au Covid-19) ainsi que des données de géolocalisation (parcours de la personne malade et des personnes au contact de cette dernière ou confinées).

Néanmoins, nous pourrions nous fonder sur certaines dispositions du RGPD pour autoriser une telle collecte. Citons par exemple l'article 9.2 du règlement permettant la collecte de telles données lorsqu'elle est « nécessaire pour des motifs d'intérêt public important » sur la base du droit d'un Etat membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi ou encore lorsque « le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique, tels que la protection contre les menaces transfrontalières graves pesant sur la santé ». Il semble évident que la lutte contre la propagation d'une épidémie rentre dans l'un des cas susmentionnés.

En ce qui concerne les données de géolocalisation collectées à partir des téléphones portables, nous pourrions avoir recours à d'autres dispositions du RGPD ou encore à celles de la Directive vie privée et communications électroniques du 12 juillet 2002 permettant aux Etats membres d'adopter des mesures législatives autorisant de telles collectes à des fins de sécurité publique comme le reconnaît d'ailleurs le CEPD.

En conclusion, la mise en œuvre de la traçabilité paraît tout à fait envisageable en Europe si cette mesure est accompagnée d'un certain nombre de précautions parmi lesquelles, l'accès limité à de telles données aux seules autorités de santé, une limitation dans le temps de la mise en œuvre de cette mesure (période de déconfinement) et surtout des garanties de sécurité des données les protégeant contre toute accès non autorisé ou perte. Si une telle mesure était proposée avec toute la transparence requise en la matière, il est fort probable qu'une très grande majorité de français et d'européens seraient en faveur de son application immédiate.

Espérons que de tels moyens seront déployés rapidement afin de démontrer que l'Union européenne est capable d'avoir recours à de telles technologies à la hauteur du défi qui lui est lancé par cette épidémie sans pour autant renoncer à ses valeurs et principes fondamentaux.

Ahmed BALADI