

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

COVID et libertés

Poullet, Yves

Published in:

L'utilisation du numérique dans la lutte contre la COVID

Publication date:

2022

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 2022, COVID et libertés: quelques considérations. Dans *L'utilisation du numérique dans la lutte contre la COVID: enjeux techniques, éthiques et juridiques*. L'Harmattan, Paris, p. 75-123.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

COVID et libertés : quelques considérations¹

YVES POULLET

*Professeur associé, Université Catholique de Lille
Co-président du NaDI (Namur Digital Institute)
Membre de l'Académie Royale de Belgique*

« *La liberté, ce bien qui fait jouir des autres biens* » (Montesquieu).

Introduction et plan

1. La pandémie nous joue des tours. Ce qui devait être un colloque post-COVID s'est transformé en une journée sur une actualité prégnante pour chacun de nous autour d'une interrogation fondamentale : survivrons-nous non à la maladie mais à ce manque de libertés qui décidément s'érige comme une loi nécessaire dans la lutte contre cet ennemi omniprésent dans nos journaux, sur nos réseaux sociaux et dans nos conversations ?

Aujourd'hui, il est temps de mesurer l'ampleur des dégâts faits à nos libertés. Les droits à l'éducation, au rassemblement, à l'exercice du culte, à la libre expression et à la libre entreprise, à la mobilité, à la vie privée se trouvent tous limités ou suspendus et, en tout cas, sacrifiés au « TOUT SANITAIRE ». Comme l'écrit Garadon, « *les mesures adoptées dans l'urgence s'apparentent à une immense prescription médicale généralisée à l'ensemble de la population, plus qu'à du droit.* ». Mieux, les rhétoriques du temps de guerre², de l'état de nécessité et de la défense

¹ Date de soumission du texte : 31 juillet 2021

² Nous faisons allusion notamment aux déclarations du président français, Emmanuel Macron, le 16 mars 2020, où il annonce aux Français que des mesures de confinement

de la Nation sont évoquées à l'appui de mesures qui se succèdent avec comme seul guide les chiffres... ceux d'hospitalisations pour des lits trop peu nombreux, ceux des morts qu'on n'aime pas compter, ceux de la vaccination qui se fait attendre.

Dans le même temps, m'inquiètent plus encore les risques que le déluge de mesures masque : celui d'un État de droit et d'une démocratie qui peu à peu s'évanouissent. Une résolution du Parlement européen³ fait écho à l'inquiétude : « *Ces mesures ont une incidence sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux étant donné qu'ils influent sur l'exercice des libertés et droits individuels, tels que la liberté de circulation, la liberté de réunion et d'association, la liberté d'expression et d'information, la liberté de religion, le droit à la vie de famille, le droit d'asile, le principe d'égalité et de non-discrimination, le droit à la vie privée et à la protection des données, le droit à l'éducation et le droit de travailler.* ». Nous voilà avertis mais la parole européenne, fût-elle celle de nos représentants élus, semble avoir des difficultés à se faire entendre de nos gouvernants, pressés d'agir sous la pression du public qui ne sait plus à quels saints se vouer et aime qu'un pouvoir fort le rassure.

2. Face à ces constats, nous n'avons pas voulu reprendre des réflexions déjà largement partagées⁴ sur la question, certes importantes mais à tout

sont nécessaires pour freiner la propagation de la COVID-19, et où il déclare, sur un ton grave : « Nous sommes en guerre » ; https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/03/17/nous-sommes-en-guerre-face-au-coronavirus-emmanuel-macron-sonne-la-mobilisation-generale_6033338_823448.html ; consultée en dernier lieu le 20 octobre 2020.

En France, le fondement légal du confinement s'inspire de deux origines militaires, de sorte que la référence à la guerre est bien plus qu'une métaphore. Ainsi, le premier décret du 16 mars 2020 en appelait à la théorie des circonstances exceptionnelles, remontant à la Première Guerre mondiale.

³ Résolution du Parlement européen du 13 novembre 2020 sur l'incidence des mesures relatives à la COVID-19 sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux (2020/27/90(RSP), 13 novembre 2020, P9-TA(2020)0307. La Résolution s'appuie notamment sur la communication de la Commission du 30 septembre 2020 intitulée « Rapport 2020 sur l'état de droit - La situation de l'état de droit dans l'Union Européenne » (COM(2020)0580) et les 27 chapitres par pays qui l'accompagnent sur l'état de droit dans les États membres (SWD(2020)0300-0326), qui traitent de l'incidence des mesures relatives à la COVID-19 prises par les États membres sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux.

⁴ Nous renvoyons à ce propos aux études déjà publiées : Y. Pouillet, « *Pandémie, Numérique et droits de l'homme – un étrange cocktail* », JDE, 2020/6, n° 270, pp. 246 à 263 ; S. Parsa et Y. Pouillet, « *Les droits fondamentaux à l'épreuve du confinement et du*

*prendre limitées, celles du droit à la protection des données face à la multiplication des traitements créés en ces temps de COVID. Sans doute, nombre de mesures se sont traduites par la création de bases de données, par l'utilisation des technologies du numérique pour tracer, traquer la maladie et donc les individus porteurs ou susceptibles de porter le virus et c'est sans doute à propos de ces mesures que les débats se sont les plus focalisés avec une belle résistance, celle en particulier menée par les autorités de protection des données, garantes de la protection de nos données*⁵. Nous y ferons largement allusion mais notre propos ici est plus large.

Il s'agit d'abord, sur base d'un panorama des libertés atteintes, de s'interroger : les mesures proposées sont-elles de simples limitations de nos libertés ou s'agit-il plus radicalement d'une suspension voire d'une atteinte à l'essence même de celles-ci ? La distinction est importante lorsqu'on se réfère à ce fameux article 52 de la charte européenne des droits fondamentaux. Ne fallait-il pas trouver ailleurs le fondement de ce qui apparaît être une mise entre parenthèses de ces libertés et, dès lors, suggérer une autre manière d'aborder la question de la base de légitimité de ces mesures ? Ce sera l'objet du chapitre I. Le chapitre II décline, dans un premier point, ce qui constitue les principes mêmes de toute intervention limitant ou restreignant nos libertés, à savoir la légitimité et la proportionnalité de telles mesures dans un état démocratique soumis à la règle de droit ; le second point traite la manière dont deux libertés, celle de la liberté d'expression et celle de la vie privée sont abordées, en particulier par l'Europe, dans ce contexte.

déconfinement », in *La pandémie de COVID-19 face au droit*, S. Parsa et M. Uyttendaele (coord.), Anthemis, 2020, p. 137 et s.

⁵ Le lecteur trouvera la liste complète et impressionnante des avis, opinions, déclarations, etc. des Autorités de Protection des Données et autres organes nationaux et internationaux de protection des données sur le site : <https://globalprivacyassembly.org/COVID19/>. Cf également le site très nourri de l'équipe de recherche LSTS de la VUB (Brussels) : « *Data Protection Law and the COVID-19 outbreak* », accessible à l'adresse : <https://lsts.research.vub.be/en/data-protection-law-and-the-COVID-19-outbreak>.

Chapitre 1. Restriction ou limitation des libertés : article 15 de la CEDH vs article 52 de la Charte européenne des droits fondamentaux

I. Un rapide état des lieux

3. La crise sanitaire actuelle, à l'inverse des précédentes qui pourtant avaient causé bien plus de morts, a été l'occasion de restrictions importantes de nos droits et libertés fondamentaux⁶. La première liberté restreinte a été la liberté d'aller et venir⁷, sauf en cas de nécessité ou de raisons urgentes, suivi de l'interdiction de quitter le pays par la fermeture des frontières, sauf exception. Ensuite, les libertés de réunion⁸, de religion⁹ et le droit à l'enseignement¹⁰ ont été sévèrement limités¹¹. Le droit au respect de la vie privée et familiale n'a pas non plus été épargné¹²,

⁶ FRA, « *Coronavirus pandemic in the EU – Fundamental Rights Implications* » (pandémie de coronavirus dans l'Union européenne - conséquences en matière de droits fondamentaux) – Bulletin 1 et recherche par pays, 7 avril 2020 ; FRA, « *Coronavirus pandemic in the EU – Fundamental Rights Implications* » (pandémie de coronavirus dans l'Union Européenne - conséquences en matière de droits fondamentaux) – Bulletin 2, consacré notamment aux applications de traçage des contacts, et recherche par pays, 28 mai 2020 ; FRA, « *Coronavirus pandemic in the EU – Fundamental Rights Implications* » (pandémie de coronavirus dans l'Union Européenne - conséquences en matière de droits fondamentaux) – Bulletin 3, consacré notamment aux personnes âgées, et recherche par pays, 30 juin 2020 ; FRA, « *Coronavirus pandemic in the EU – Fundamental Rights Implications* » (pandémie de coronavirus dans l'Union Européenne - conséquences en matière de droits fondamentaux) – Bulletin 4, consacré notamment au racisme, à l'asile et à la migration, à la désinformation, au respect de la vie privée et à la protection des données, 30 juillet 2020 ; FRA, « *Coronavirus pandemic in the EU – Impact on Roma and Travellers* » (conséquences de la pandémie de coronavirus dans l'Union Européenne sur les Roms et les gens du voyage) – Bulletin 5, 29 septembre 2020.

⁷ Consacré notamment aux articles 2, § 1^{er}, du Protocole 4 à la C.E.D.H., 45 de la Charte, 5 de la C.E.D.H., 12 du P.I.D.C.P.

⁸ Consacré aux articles 11 de la C.E.D.H., 12 de la Charte, 21 du P.I.D.C.P.

⁹ Consacré aux articles 9 de la C.E.D.H., 10 de la Charte, 18 P.I.D.C.P.

¹⁰ Consacré aux articles 2 du premier protocole à la C.E.D.H., 14 de la Charte, 13 PIDESC.

¹¹ Les rassemblements ont été interdits, sous réserve d'exceptions très strictes.

¹² Consacré aux articles 8 de la C.E.D.H., 17 P.I.D.C.P., 7 et 8 de la Charte.

les personnes âgées ont été isolées¹³. Enfin, le droit au travail¹⁴ et la liberté d'entreprendre¹⁵ ont été suspendus par la contrainte imposée aux entreprises de fermer afin de limiter la propagation du virus et d'atteindre l'objectif de santé publique en évitant essentiellement la saturation des hôpitaux.

Sans être exhaustif, nous passons en revue, liberté par liberté, les mesures prises. Notre tour d'horizon déborde le cas français par quelques incursions en droit comparé. Il s'agit de nous interroger sur l'ampleur de la mesure prise : s'agit-il d'une simple limite ou carrément d'une restriction essentielle voire de la négation d'une liberté ? Les réactions de la justice seront de temps en temps pointées. Elles nous permettent de comprendre que, face à un gouvernement qui décide, le rappel de la règle de droit, parfois par d'obscurs juges, fixe des limites à ce pouvoir quasi discrétionnaire de nos gouvernants.

4. Les restrictions à la liberté de réunion sont sans doute celles les plus mal vécues par les citoyens : l'instauration des bulles, parfois au-delà des limites des exigences d'un minimum de vie sociale, et les décrets relatifs au couvre-feu et l'instauration des « bulles » peuvent difficilement être interprétés autrement que comme une négation de nos libertés et donc comme inconstitutionnels. Ils entravent en outre la liberté pour les associations civiles, syndicales ou autres de manifestation, ce que la Constitution considère comme essentiel pour la vie démocratique. On relève que tel était bien le point de vue du juge du tribunal de La Haye¹⁶, des Pays-Bas, ou du tribunal civil de Charleroi¹⁷, en Belgique.

¹³ Le droit pour les personnes âgées de mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle est reconnu par l'article 25 de la Charte. Le même droit est reconnu par l'article 26 aux personnes handicapées.

¹⁴ Consacré aux articles 6 du P.I.D.E.S.C et 15 de la Charte.

¹⁵ Consacré à l'article 7 de la loi des 2 et 17 mars 1791 (décret d'Allarde), à l'article 1 du premier protocole à la C.E.D.H., et surtout à l'article 16 de la Charte. Cf également dans la Charte, le droit à l'information et à la consultation des travailleurs (art. 27), la séparation de la vie familiale et de la vie professionnelle (article 33) et surtout le droit d'actions collectives (article 28).

¹⁶ Rechtbank Den Haag (référé), 16-02-2021, Stichting Viruswaarheid.nl te Rotterdam versus de Staat der Nederlanden. Cet arrêt a été réformé en appel pour absence de préjudice matériel.

¹⁷ Tribunal de police du Hainaut, Division Charleroi, 21 septembre 2020, n° 2020/2538. Cette décision a été réformée en appel.

5. La liberté de circulation des citoyens européens est mise à mal, en particulier par la fermeture des frontières¹⁸. Cette liberté de se déplacer est consacrée par les dispositions des articles 45 de la Charte, 21 du T.F.U.E., qui doivent donc également trouver à s'appliquer. L'article 21 du T.F.U.E. énonce que : « (t)out citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des états membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application ». À plusieurs reprises, la Commission européenne¹⁹ s'est émue des diverses mesures tendant à interdire ou à restreindre cette liberté, aux seuls déplacements « essentiels »²⁰.

6. La question des mesures de fermeture totale ou partielle des lieux de culte a entraîné quelques recours juridictionnels. En Allemagne, un arrêt de la Cour constitutionnelle en date du 29 avril 2020, a jugé « non concevable » que les interdictions de lieux de culte ne prévoient pas des « exceptions pour les services religieux », dès lors que des précautions contre la pandémie sont prises. Les juges suprêmes ont ainsi donné raison à l'association religieuse demanderesse et balayé la décision d'un tribunal administratif qui s'était appuyé sur la législation en place qui interdisait les rassemblements. La position du Conseil d'État s'est exprimée en deux temps : le premier²¹ a considéré que la fermeture par arrêté ministériel des lieux de culte était inconstitutionnelle et, dans un second temps, a estimé que limiter le nombre d'assistants à 15 personnes pouvait être considéré

¹⁸ Selon le Conseil d'État belge, (Section de législation, Avis n° 67.142/AG, 25 mars 2020, p. 25), la liberté de déplacement est la première liberté à être affectée par les mesures de confinement.

¹⁹ Cf notamment la Déclaration de la Commission européenne sur la coordination des mesures de restriction de la libre circulation dans l'Union Européenne prises dans le cadre de la pandémie de coronavirus, Bruxelles, le 13 octobre 2020, et le site <https://reopen.europa.eu/fr> qui informe des mesures prises au niveau européen de manière à informer le citoyen européen sur les mesures limitées prises par l'autorité européenne. On sait l'énervement de la Commission face aux pays qui continuent à adopter des mesures plus sévères.

²⁰ En Belgique, voir le récent arrêt du Conseil d'État n° 349913 du 25 février 2021, à propos d'une plainte pour entrave à la liberté de circulation pour un propriétaire d'une seconde résidence sise en France. L'arrêt constate bien la limitation à la liberté mais estime qu'« en l'absence d'éléments factuels concrets, le simple fait qu'il soit porté atteinte à une liberté fondamentale ne constitue pas en soi un inconvénient d'une gravité suffisante pour qu'on ne puisse le laisser se produire en attendant l'issue de la procédure en annulation. »

²¹ CE belge 8 décembre 2020, Requête, n° 249177

comme une limitation proportionnée²² relative à la fermeture des lieux de culte et à la limitation à 15 personnes de la participation au culte. La décision prise en référé par le Conseil d'État français²³ sur base d'une action contre un décret du 11 mai 2020 qui fermait les lieux de culte est intéressante à plus d'un égard. Ainsi, le Conseil d'État estime sa compétence en référé justifiée *in casu* car il y va d'une atteinte grave à une liberté constitutionnelle. Il estime en effet que la liberté de culte implique le droit de participation collective à des cérémonies dans des lieux de culte, « composante essentielle de cette liberté ». Enfin, il enjoint au gouvernement de prendre des mesures « proportionnées au risque sanitaire et appropriées en ce début de déconfinement ».

7. Le droit à un procès équitable fait l'objet de nombreuses limitations que nous ne détaillerons pas ici²⁴. Notons en France, l'ordonnance du 25 mars 2020- 303²⁵ prise en exécution de la loi du 23 mars 2020 créant l'« état d'urgence sanitaire » et, dès lors permettant, malgré les protestations du Conseil de l'ordre des avocats²⁶, aux juges civils et commerciaux, de trancher les affaires sans audience ou par audience « numérique ». Pire, l'ordonnance du même jour dite Ordonnance 304²⁷, relative cette fois à la justice pénale, adapte, selon les mots de l'ordonnance, les règles de procédure « afin de permettre la continuité de l'activité des juridictions pénales essentielle au maintien de l'ordre public », ce qui signifie la fermeture de différents tribunaux, la possibilité de regrouper les affaires, l'allègement du formalisme de la garde, la

²² CE belge, 22 décembre 2020, n° 249313

²³ CE. français, réf. 18 mai 2020, n° 44036, Dalloz, 4 juin 2020, p. 1110.

²⁴ Sur la situation en Belgique, voir le tour d'horizon partiel proposé par J. Sohier, « Réflexions sur le fonctionnement des juridictions : Conseil d'État et Cour constitutionnelle », in *La pandémie de Covid-19 face au droit*, S. Parsa et M. Uyttendaele (coord.), Anthemis, 2020, pp. 219 et s. et l'article de O. Nederlandt et D. Paci, « La prison face au COVID-19 : des mesures déséquilibrées au détriment des personnes détenues et/ou condamnées », *J.T., n° spécial coronavirus*, 2020/20, n° 6814, pp. 51 et s.

²⁵ Ordonnance n° 2020-304 « portant adaptation des règles applicables aux juridictions judiciaires statuant en matière non pénale et aux contrats de syndic de propriétés ». Sur ces mesures, lire entre autres, à propos des juridictions civiles et commerciales, E. et M. Brochier, « Attention à la suppression des audiences », Dalloz, 4 juin 2020, p. 1118 et s.

²⁶ Le Conseil d'État a écarté, par une décision en référé du 10 avril 2020, la demande visant à faire annuler l'ordonnance.

²⁷ Sur cette ordonnance, lire le commentaire critique de S. Pelle, « La justice pénale à l'heure du coronavirus : l'urgence ou le miroir de notre procédure pénale », Recueil Dalloz, 16 avril 2020, p. 777 et s.

dématérialisation des procédures et des audiences, la généralisation du juge unique, la prolongation de plein droit des mesures de détention provisoire, la simplification des échanges entre parties au risque de non-respect du contradictoire, etc. Comme le note Pelle, « *Cette urgence-là (celle sanitaire), celle de la nécessité, emporte bien des raisonnements et des principes sur son passage. Elle prescrit ce qui d'ordinaire serait proscrit.* » ou, comme l'écrit Salas²⁸ à propos des mêmes mesures, « *L'état de droit cède à l'état de puissance* ».

8. C'est sur base du droit à la dignité qu'en urgence, suite à une décision administrative française de refus de prise en charge d'un MENA, laissé à la rue, la Cour européenne des droits de l'homme²⁹ a, nonobstant cette décision, affirmé le droit du mineur à être hébergé en période de confinement. Dans le même sens, la Résolution du Parlement européen d'avril 2020 invoque le droit à la dignité et à la santé des immigrés pour appeler les États membres à suspendre les rapatriements et à loger la population visée : le Parlement « *considers that necessary solutions, including the preventive evacuation and relocation of the population at high risk, must be found to ensure the appropriate material conditions and social distancing to avoid contamination* »³⁰.

9. On ne s'étendra pas sur les mesures prises en ce qui concerne le confinement sévère des personnes âgées et l'interdiction des visites dans

²⁸ D. Salas, « *Que veut-dire l'expression "de plein droit" ?* », Dalloz Actualités, 17 avril 2020.

²⁹ X c. France, CEDH (décision en urgence), 31 mars 2020.

³⁰ Cf la résolution du Parlement européen du 17 avril 2020 (*European Parliament Resolution of 17 April 2020 on EU coordinated action to combat the COVID-19 pandemic and its consequences* (2020/2616(RSP)) : « *Calls for full respect of the Geneva Convention and European asylum law; points out that provisions have to be made for the reception of new asylum seekers in appropriate sanitary conditions and medical support, and therefore expresses its deep concern at the situation of refugees and asylum-seekers arriving at the Greek islands, and in hotspots and detention centres, who do not have access to adequate health care and who are particularly at risk; considers that necessary solutions, including the preventive evacuation and relocation of the population at high risk, must be found to ensure the appropriate material conditions and social distancing to avoid contamination; stresses the important contribution of many migrants and descendants of migrants who are working to ensure the proper functioning of many essential sectors across the EU, and in particular in health and care sectors; ...* » La Cour européenne des Droits de l'homme va dans le même sens, CEDH, *N.H. ET AUTRES C. France*, Arrêt du 2.7.2020 (requêtes n° 28820/13, 75547/13 et 13114/15).

les maisons de repos et de soins. Ces mesures apparaissent bien éloignées du droit à l'intégration des personnes âgées, droit consacré par la charte européenne des droits fondamentaux, en son article 25³¹. Cette même charte ne consacre-t-elle pas, en son article 16, la liberté d'entreprendre dont il est peu de dire qu'elle n'a pas été respectée, au vu de la fermeture de nombreux commerces, parfois jugés non essentiels sur base de critères obscurs et peu convaincants ?

10. La liberté d'expression est, elle-même, mise en cause au nom de la lutte contre la désinformation. L'Europe rappelle³² que cette lutte est nécessaire mais n'autorise pas tout : « *considérant que la désinformation et la mésinformation liées à la COVID-19 peuvent être à l'origine de panique et d'insatisfaction sociale et qu'il convient de se pencher sur ce problème, que les mesures destinées à lutter contre la désinformation et la mésinformation ne peuvent servir de prétexte pour restreindre de manière disproportionnée la liberté de la presse, porter atteinte au pluralisme des médias et menacer la sécurité des journalistes ; que des rapports indiquent que des campagnes coordonnées ont été menées dans les États membres et les régions voisines, favorisant la diffusion de fausses informations en matière de santé et la désinformation concernant*

³¹ On ajoute la question des personnes handicapées et des discriminations de genre. Sur toutes ces discriminations, lire, CDADI (Comité Directeur sur l'Anti-discrimination, la Diversité et l'Inclusion), « *Covid-19 : une analyse des aspects relatifs à l'anti-discrimination, à la diversité et à l'inclusion dans les États membres du Conseil de l'Europe* », Conseil de l'Europe, Novembre 2020 ; UNIA, « *COVID-19 : les droits humains* », 12 novembre 2020, p. 11-26 ; UNIA, « *COVID et droits humains : impact sur les personnes handicapées et leurs proches. Résultat de la consultation* », 8 juillet 2020 ; Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale, « *Contribution au groupe de consultation de la taskforce Groupes vulnérables* », 12 juin 2020 ; Myria, « *Rapport annuel traite et trafic des êtres humains 2020 : derrière des portes closes* », 15 décembre 2020 ; Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, *Note sur la dimension de genre de la crise du COVID-19*, note de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes à la demande de Mme Nathalie Muylle, ministre fédérale chargée de l'égalité des chances, Bruxelles, 8 juin 2020 ; Autorité de protection des données, 18 décembre 2020, *Avis n°138/2020 relatif au projet d'arrêté royal concernant l'enregistrement et le traitement des données relatives aux vaccinations contre la COVID-19*.

³² Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2020 sur le renforcement de la liberté des médias : la protection des journalistes en Europe, les discours de haine, la désinformation et le rôle des plateformes (2020/2009(INI)), point AA (accessible à Textes adoptés - Renforcement de la liberté des médias : la protection des journalistes en Europe, les discours de haine, la désinformation et le rôle des plateformes - Mercredi 25 novembre 2020 (europa.eu)).

l'Union et ses partenaires ; que la Commission aborde ces phénomènes dans sa récente communication conjointe sur la lutte contre la désinformation concernant la COVID-19 ; que certains gouvernements ont profité de la législation d'exception, et que si certaines de ces restrictions sont temporaires, d'autres risquent d'être prolongées bien après la fin de la crise sanitaire ; que le pluralisme des sources d'information, la responsabilité et la transparence institutionnelle constituent une barrière défensive majeure contre la désinformation». Nous reviendrons sur ce point (*infra*, n° 24 et s.) mais nous apparaissent dangereuses certaines actions prises par des plateformes privées, comme Twitter, pour « censurer » certains messages et surtout les mesures envisagées en France³³ pour restreindre la liberté de parole publique de scientifiques ou de praticiens de l'art de guérir.

La liberté de se faire vacciner découle tant du droit à l'intégrité physique que du droit à la vie privée. Cette liberté a été consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme³⁴. Récemment, l'arrêt VAVRICKA³⁵, rendu par la Cour de Strasbourg le 8 avril 2021, a cependant reconnu, moyennant nombre de conditions (dangers graves pour les personnes non vaccinées, sanctions limitées, vaccin largement éprouvé), l'obligation de vaccination directe ou indirecte. Dans le même sens, le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'État français³⁶, conformément à l'article 8, admettent des dérogations : la vaccination peut être rendue obligatoire par une loi, au sens strict du terme, ajoute le Conseil d'État, si cette ingérence dans la vie privée est proportionnée, c'est-à-dire que le vaccin est démontré « d'une très grande efficacité, allant jusqu'à (quasi) 100 % pour la maladie combattue et que leurs effets

³³ La décision du Conseil de l'Ordre des médecins belge de frapper de sanctions déontologiques les médecins dits « anti-vaccins » apparaît pire encore. Un recours en responsabilité a été intenté contre cette décision par une association de médecins généralistes.

³⁴ CEDH mars 2012 (Solomakhin c/ Ukraine). On est en attente d'une seconde décision dans l'affaire Vavříčka c. Tchéquie, CEDH (l'audition a eu lieu en juillet 2020). On note que peu de pays imposent la vaccination à ce stade, ainsi la Belgique l'a rendu obligatoire pour une seule maladie (la polio).

³⁵ Dans l'arrêt Vavříčka du 8 avril 2021, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH, arrêt du 8 avril, Vavříčka et autres c. République tchèque) a examiné l'obligation légale tchèque de vacciner les enfants contre neuf maladies contagieuses (dont la polio, le tétanos, l'hépatite B et la rougeole). Cette obligation était imposée sous peine d'une amende et en refusant aux enfants non vaccinés l'accès à l'école maternelle, qui n'est pas soumis à l'obligation scolaire.

³⁶ Décision du Conseil Constitutionnel de mars 2015 et du Conseil d'État de mars 2019.

indésirables sont limités au regard de leur efficacité et des bénéfices attendus». On sait que certains pays (Israël et Danemark), sans rendre obligatoire la vaccination, prévoient cependant un « passeport vaccinal »³⁷, dont la présentation pourrait être rendue obligatoire pour certains déplacements, pour la participation à certaines manifestations ou la présence dans certains lieux, rendant dès lors cette vaccination indirectement obligatoire, avec les risques de discrimination pour ceux qui s'y refusent ou n'y ont pas accès (cas des pays défavorisés comme le note l'OMS).

La CNIL³⁸ a récemment émis un avis sur un projet de décret autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à la gestion et au suivi des vaccinations contre le coronavirus SARS-CoV. Selon la CNIL, « les personnes concernées pourront s'opposer au traitement de leurs données jusqu'à l'expression de leur consentement à

³⁷ À cet égard, la consultation publique lancée par le CESE (Conseil économique, social et environnement) français (accessible sur le site : COVID-19 : pour ou contre le passeport vaccinal ? (passeportsante.net)) : « "Que pensez-vous du passeport vaccinal ?" C'est la question que pose le Conseil Économique Social et Environnemental (CESE), via son site internet, aux internautes. C'est le Premier ministre qui a saisi cette Assemblée, afin de récolter l'opinion publique et de donner la parole à la population. Le but est d'émettre par la suite des recommandations au gouvernement, selon ce que pensent les Français. » Sur le plan européen, plusieurs gouvernements ont engagé des entreprises similaires, y compris en Europe. Outre l'Islande, qui a déjà mis en place un tel système, la Pologne, la Hongrie, la Suède et le Danemark ont ou vont créer un certificat vaccinal pour les voyageurs étrangers et leurs propres ressortissants. La Grèce et Chypre en ont fait de même avec Israël en signant un accord bilatéral autorisant leurs ressortissants vaccinés à pouvoir se déplacer de part et d'autre de la Méditerranée. L'Estonie, très avancée dans sa politique de numérisation de ses services administratifs, a également passé un accord avec l'OMS pour mettre en place des échanges d'informations et un certificat numérique de vaccination contre le COVID-19. La Finlande pourrait lui emboîter le pas. La Pologne, l'Estonie, la Lituanie et la Roumanie autorisent déjà pour leur part les voyageurs attestant de leur immunité à pénétrer sur leur territoire sans autre justificatif. On sait que, le 17 mars, la Commission a lancé le projet d'un « certificat vert numérique », en réponse à la demande du Conseil Européen d'élaborer une proposition législative relative à une « preuve de vaccination standardisée ». Sur tout cela, lire *Comprendre l'Europe, COVID-19 : à quoi ressemblerait le « passeport vaccinal » européen, destiné à faciliter les voyages ?* accessible à l'adresse : <https://www.touteurope.eu/actualite/COVID-19-a-quoi-ressemblerait-le-passeport-vaccinal-europeen-destine-a-faciliter-les-voyages.html>.

³⁸ Délibération n° 2020-126 du 10 décembre 2020 portant avis sur un projet de décret autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à la gestion et au suivi des vaccinations contre le coronavirus SARS-CoV-2 (demande d'avis n° 20020767 (JORF n°0312 du 26 décembre 2020).

la vaccination. En pratique, le droit d'opposition s'appliquera au traitement des données de santé réalisé avant la vaccination, pour l'envoi des bons de vaccination, si celle-ci n'a pas lieu. Une fois le consentement à la vaccination exprimé par les personnes concernées, il ne leur sera plus possible de s'opposer au traitement des données les concernant. En effet, une fois la vaccination réalisée, le traitement des données répond à un objectif important d'intérêt public, notamment dans le cadre de la pharmacovigilance. Il est toutefois possible aux personnes concernées de s'opposer à tout moment à ce que les données pseudonymisées les concernant soient transmises à la Plateforme des données de santé et à la CNAM. ».

Tout récemment, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a émis à cet égard une Résolution³⁹ dont on relève le passage suivant : « (Les États membres se doivent) de s'assurer que les citoyens et citoyennes sont informés que la vaccination n'est PAS obligatoire et que personne ne subit de pressions politiques, sociales ou autres pour se faire vacciner, s'il ou elle ne souhaite pas le faire personnellement ; de veiller à ce que personne ne soit victime de discrimination pour ne pas avoir été vacciné, en raison de risques pour la santé ou pour ne pas vouloir se faire vacciner ; de prendre des mesures efficaces le plus tôt possible pour lutter contre les fausses informations, la désinformation et la méfiance concernant les vaccins contre la COVID-19 ; de diffuser en toute transparence des informations sur la sécurité et les éventuels effets indésirables des vaccins, de travailler avec et réglementer les plateformes de médias sociaux pour empêcher la propagation des fausses informations ; de communiquer, de manière transparente, le contenu des contrats avec les producteurs de vaccins et les rendre publics pour examen par les parlementaires et le public ; de coopérer avec des organisations non gouvernementales et/ou d'autres initiatives locales afin d'atteindre les groupes marginalisés ; de se rapprocher des communautés locales pour élaborer et mettre en œuvre des stratégies sur mesure visant à faciliter l'acceptation des vaccins. »

³⁹ Résolution de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, n° 2361 (2021)1 Version provisoire Vaccins contre la COVID-19 : considérations éthiques, juridiques et pratiques (accessible sur le site : <https://pace.coe.int/fr/files/29004/html>).

11. Enfin, il ne faut pas non plus négliger les sanctions⁴⁰ qui accompagnent ces mesures, en vue d'en garantir l'effectivité. Assez naturellement ces mesures suscitent des questions quant à leur légalité. À raison, on peut se demander si, au nom de l'état d'urgence et des impératifs de santé publique par ailleurs consacrés dans les textes internationaux relatifs aux droits humains, l'État n'a pas « oublié » les principes qui doivent s'appliquer à l'occasion de la dérogation aux droits fondamentaux.

Que conclure de ce tour d'horizon ? La première remarque tient à l'ampleur des limitations ou restrictions apportées à nos libertés et droits. Notre point II analysera la différence que nous pensons devoir tenter entre les deux concepts et leur régime juridique. La seconde est de souligner la résistance parfois témoignée par le pouvoir judiciaire ou juridictionnel à ces interventions justifiées par les gouvernants au nom de l'urgence sanitaire et leur rappel des exigences de proportionnalité, ce que nous analyserons au chapitre II de la contribution.

II. État de nécessité justification d'une dérogation ou d'une limitation à nos libertés

12. L'article 52 de la Charte européenne consacre à la fois la possibilité de limitation des droits fondamentaux énoncée dans la Charte⁴¹, en même temps qu'elle assigne des balises à cette limitation : « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui »⁴². On connaît et on reviendra dans le chapitre III sur les principes de légalité et de proportionnalité qui ne sont pas neuf. Par contre, l'article 52 ajoute une condition supplémentaire : les limitations ne sont acceptables que si elles respectent le contenu essentiel des dits droits et libertés. Cette condition supplémentaire passe souvent inaperçue. Elle a pourtant bien lieu d'être

⁴⁰ Citons le cas belge : Belga, « Coronavirus à Bruxelles : plus de 6000 PV dressés pour non-respect du confinement, les magistrats vont travailler durant l'été », le 11 juin 2020, RTBF info, site Internet consulté en dernier lieu le 20 octobre 2020.

⁴¹ Elle répond à celle utilisée par la Convention européenne des droits humains.

⁴² Nous soulignons.

relevée ici dans la mesure où, comme nous l'avons décrit (*supra*, n° 5 et s.), les mesures prises pour nombre de libertés, en particulier pour les libertés de réunion, de culte, d'entreprendre (pour certains métiers), les droits des personnes âgées, se trouvent radicalement mis en cause certes, dira-t-on, pour une durée limitée mais de manière « essentielle ».

Où trouver alors le fondement d'une mise entre parenthèses des libertés et droits fondamentaux ? L'article 52 n'interdit pas de recourir à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, nous dit l'interprète autorisé de la charte, à savoir la FRA (*European Agency for Fundamental Rights*)⁴³ : « *La Charte n'empêche pas les États membres de se prévaloir de l'article 15 de la CEDH, qui autorise des dérogations aux droits prévus par cette dernière en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation, lorsqu'ils prennent des mesures dans les domaines de la défense nationale en cas de guerre et du maintien de l'ordre, conformément à leurs responsabilités reconnues dans l'article 4, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne et dans les articles 72 et 347 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.* » La limitation des droits fondamentaux ne doit donc pas être confondue avec la dérogation ou suspension de ces droits. Les dérogations mettent « entre parenthèses » les libertés fondamentales pour une période donnée, dans des circonstances exceptionnelles données, telles que l'état d'urgence sanitaire, les atteintes terroristes, l'état de guerre⁴⁴. Il s'ensuit que les États ne sont plus alors contraints de satisfaire les conditions de justification imposées pour les restrictions aux droits fondamentaux lorsqu'ils se trouvent dans ces circonstances spécifiques de dérogation⁴⁵. Bref, il appert

⁴³ FRA, Article 52 – Portée et interprétation des droits et principes - disponible à l'adresse : <https://fra.europa.eu/fr/eu-charter/article/52-portee-et-interpretation-des-droits-et-des-principes>.

⁴⁴ S.-U Colella, « *Chapitre 1 - L'acception des notions de restriction, limitation et dérogation* » in *La restriction des droits fondamentaux dans l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p.126.

⁴⁵ O. De Schutter, *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 585. Cf également, l'affirmation forte de la secrétaire générale du Conseil de l'Europe, Marija Pejčinović Burić, lors de la publication le 7 avril 2020, de la *boîte à outils* (toolkit) à l'intention de l'ensemble des gouvernements européens sur le respect des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit pendant la crise du COVID-19 (disponible à l'adresse : [https://mcoe.int/SG/Inf\(2020\)7](https://mcoe.int/SG/Inf(2020)7) Speaking Notes SG 1370 Deputies (coe.int)) : « *While some restrictive measures adopted by member states may be justified on the ground of the usual provisions of the European Convention on Human Rights (Convention) relating to the protection of health (see Article 5 paragraph 1e, paragraph 2 of Articles 8 to 11 of the*

au vu de l'ampleur des restrictions apportées par les lois et ordonnances voire décrets de toutes natures pris par l'autorité publique française, que celle-ci aurait dû se référer à l'article 15 de la Convention du Conseil de l'Europe pour les justifier⁴⁶.

13. Venons-en précisément à cet article 15, que pas moins de 10 pays signataires de la Convention⁴⁷ ont souhaité mettre en branle et, curieusement, que la France avait déjà invoqué trois fois et pour la dernière lors des attentats terroristes de 2015⁴⁸. L'article 15 de la

Convention and Article 2 paragraph 3 of Protocol No 4 to the Convention), measures of exceptional nature may require derogations from the states' obligations under the Convention. »

⁴⁶ Le droit constitutionnel belge soulève une difficulté supplémentaire dans la mesure où l'article 187 de la Constitution semble interdire, sauf argument tiré de la primauté du droit international et donc l'obligation de s'en référer à l'article 15 de la CEDH, toute dérogation aux libertés au-delà de simples limitations : « *En Belgique, de telles suspensions ne sont pas autorisées par la Constitution. En effet, adopté en 1831, l'article 187 de la Constitution dispose que "la Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie". Cette interdiction proscriit formellement, l'instauration d'un "état d'urgence" ou d'un "état d'exception", sauf en temps de guerre, en application de l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 relatif à l'état de guerre et à l'état de siège. L'esprit du Constituant de 1831 est clair, sa volonté était d'empêcher la mise en place de régimes d'exception où les droits fondamentaux sont suspendus, même au nom de l'intérêt de la nation... La formule de l'article 187 implique que "les pouvoirs doivent continuer à être exercés même dans des circonstances de crise et de transition" car "même en pareilles circonstances, l'autorité doit défendre l'intérêt général et rencontrer les besoins collectifs" » (S. Parsa et Y. Pouillet, art. cité, p. 146).*

⁴⁷ Il est intéressant de noter que si la France comme la Belgique n'ont pas (encore) utilisé cette exception à l'occasion de la pandémie, d'autres pays ont démarré les procédures depuis la mi-mars. Selon la Commission de Venise (Commission de Venise, rapport intermédiaire sur les mesures prises dans les États membres de l'UE à la suite de la crise de COVID-19 et leur incidence sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux, 8 octobre 2020 (CDL-AD (2020) 018), paragraphe 35 (disponible sur le site : Venice Commission : Council of Europe (coe.int)), « *Au plus fort de la crise de COVID-19 en Europe au printemps 2020, neuf États membres de l'UE avaient déclaré l'état d'urgence, quelle que soit sa formulation juridique, en vertu des dispositions pertinentes de leur Constitution : Bulgarie, Espagne, Estonie, Finlande, Hongrie, Luxembourg, Portugal, République tchèque et Roumanie.* ». Voir également, Conseil de l'Europe (*Press unit*), « *Fiche thématique : Dérogation en cas d'état d'urgence* », septembre 2020, page 2, https://www.echr.coe.int/documents/fs_derogation_fra.pdf et, pour des informations détaillées s'agissant du contexte dans lequel ces dérogations ont été formulées, la page Internet du Bureau des Traités du Conseil de l'Europe.

⁴⁸ À la suite des attentats du 13 novembre 2015, après la déclaration de l'état d'urgence, la France a notifié au Conseil de l'Europe qu'elle risquait de déroger à la convention. Ces

C.E.D.H.⁴⁹ autorise, moyennant préalable information du Secrétaire général de la Convention, des dérogations à l'application des droits et libertés en cas d'état d'urgence : « *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* ». Les dispositions de cet article de la Convention visent à introduire la théorie de l'état de nécessité pour justifier les exceptions, tout en imposant aux États membres des conditions strictes en vue d'encadrer l'exercice de telles dérogations. Ainsi, cet état de nécessité ne dispense pas d'établir la légalité et la proportionnalité des mesures restrictives proposées⁵⁰ ;

notifications ont pris fin le 1^{er} novembre 2017 après la fin de l'état d'urgence. Voir également en 1985 à propos des incidents en Nouvelle-Calédonie et, en 2005, à propos des violences urbaines.

⁴⁹ À propos de cet article invoqué par quelques pays membres du Conseil de l'Europe à d'autres occasions que la pandémie et souvent pour des raisons de lutte contre le terrorisme, voir, notamment, J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, 6e éd., Paris, LGDJ, 2015, pp. 33-35.

⁵⁰ « *At the same time, any derogation must have a clear basis in domestic law in order to protect against arbitrariness and must be strictly necessary to fighting against the public emergency. States must bear in mind that any measures taken should seek to protect the democratic order from the threats to it, and every effort should be made to safeguard the values of a democratic society, such as pluralism, tolerance and broadmindedness. While derogations have been accepted by the Court to justify some exceptions to the Convention standards, they can never justify any action that goes against the paramount Convention requirements of lawfulness and proportionality.* » À propos de cet article, les commentaires de la Convention de Venise du Conseil de l'Europe dans son rapport, Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise). Rapport intérimaire sur les mesures prises dans les États membres de l'UE à la suite de la crise de la COVID-19 et leur impact sur la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux, Avis n°995/2020, adopté par la Commission de Venise à sa 124e session plénière en ligne (8-9 octobre 2020) : « *Le troisième instrument est la dérogation aux droits de l'homme, à savoir, la suspension temporaire de certaines garanties des droits de l'homme, 10 auxquelles il est possible d'avoir recours en cas d'état d'urgence. Les dérogations sont des mesures plus radicales que les exceptions et les limitations et elles ne peuvent être utilisées que dans des circonstances exceptionnelles de "guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation" (article 15.1 de la CEDH). Les dérogations sont soumises aux conditions de nécessité, de proportionnalité et de caractère temporaire. Elles impliquent également des obligations procédurales (déclaration de l'état d'urgence, notification en vertu des traités sur les droits de l'homme) qui rendent la surveillance plus facile et plus solide. Là encore, il existe une riche jurisprudence relative aux dérogations au niveau international et national.* »

l'article 17 de cette même Convention énonce de manière plus générale le principe d'interdiction d'abus, en particulier de la part des autorités publiques⁵¹ : « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention.* ». L'article 15, s'il est clair qu'il peut être invoqué vis-à-vis de situations de troubles à l'ordre public comme la guerre ou les menaces terroristes, peut-il être appliqué à des situations comme une pandémie ? L'interprétation des mots « *en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation* » autorise, selon la jurisprudence de la CEDH⁵², cette extension. Celle-ci est d'ailleurs approuvée par le Conseil de l'Europe par le fait même de sa publication de la « boîte à outils » d'utilisation de l'article 15, en 2020.

14. Parmi les conditions fixées au régime des dérogations de la Convention, on distingue trois conditions matérielles⁵³ : premièrement, la survenance de circonstances graves telles qu'une guerre ou d'autres

⁵¹ La jurisprudence relative à l'article 17 est rare et s'est principalement développée en matière de liberté d'expression et discours haineux. La Cour a ainsi jugé que certains propos, en raison de l'atteinte qu'ils portent à la démocratie, ne sont pas protégés par la liberté d'expression figurant à l'article 10 de la Convention. Il en va ainsi des discours injuriant un groupe de personnes pour des motifs discriminatoires ou légitimant la violence envers eux : les thèses négationnistes (in Cour Eur. DH, 24 juin 2003, arrêt Garaudy contre la France, n° 65831/01 ; Cour Eur. DH, du 20 octobre 2015, arrêt M'Bala M'Bala contre la France, n° 25239/13.), les propos islamophobes (Cour Eur. DH, arrêt Norwood contre le Royaume-Uni, du 16 novembre 2004, n° 23131/03) ou antisémites (Cour Eur. DH, arrêt Pavel Ivanov contre la Russie, du 20 février 2017, n° 35222/04), ou encore les propos justifiant des crimes de guerre comme la torture et les exécutions sommaires (Cour Eur. DH, arrêt Orban et autres contre la France, du 15 janvier 2009, n° 20985/05) tombent dans le champ d'application de l'article 17.

⁵² On cite en ce sens, l'arrêt *Lawless c. Irlande* (1/7/61) où la Cour a jugé que les termes de l'article 15 désignent « *une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État* » et l'arrêt *Ireland v. UK* du 18 janvier 1978 (Series A No 25, para 207) qui laisse aux États membres une large marge de manœuvre dans l'interprétation des concepts de l'article 15.

⁵³ Conseil de l'Europe, *Guide sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, Dérogation en cas d'état d'urgence*, mis à jour le 31 décembre 2019, consulté en dernier lieu le 18 septembre 2020 sur le site : echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_FRA.pdf

dangers publics menaçant la vie de la nation ; deuxièmement, une nécessité absolue ; troisièmement, le respect des autres obligations découlant du droit international. À ces conditions de fond, il faut rajouter une condition de forme, à savoir la notification au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, tant des mesures prises que des motifs qui les ont inspirées, conformément au troisième paragraphe de l'article 15⁵⁴. Les États doivent également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle « *les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application* ». Enfin, la Secrétaire générale, lors de la publication, le 7 avril 2020, du « *toolkit* » sur l'utilisation de l'article 15 à l'occasion de la pandémie du coronavirus⁵⁵, rappelle que les dérogations doivent être proportionnées, encadrées si possible par des mesures législatives, « *respecter les principes de l'État de droit (nécessité ne fait pas loi) et les principes démocratiques en cas d'état d'urgence, respecter les normes fondamentales en matière de droits de l'homme, notamment en ce qui concerne la liberté d'expression, la vie privée et la protection des données, la protection des groupes vulnérables contre la discrimination et le droit à l'éducation ; enfin, assurer une protection contre le crime et les victimes du crime, en particulier concernant la violence fondée sur le genre.* »

15. Des auteurs constitutionnalistes tant français⁵⁶ que belges⁵⁷ ont regretté que les autorités publiques de leurs pays n'aient pas suivi

⁵⁴ « *Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.* »

⁵⁵ Boîte à outils (*toolkit*) à l'intention de l'ensemble des gouvernements européens sur le respect des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit pendant la crise du COVID-19, disponible à l'adresse : [https://mcoe.int/SG Inf\(2020\)7 Speaking Notes SG 1370 Deputies \(coe.int\)](https://mcoe.int/SG%20Inf(2020)7%20Speaking%20Notes%20SG%201370%20Deputies%20(coe.int))

⁵⁶ F. Sudre, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'Homme, billet posté sur le site du *Club des juristes*, 20 avril 2020 et J.L. Costa, « Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, billet posté sur le site du *Club des juristes*, le 27 avril 2020.

⁵⁷ F. Ost, « *Nécessité fait loi ? La santé n'a pas de prix ? Ce que le COVID fait au droit* », in *La pandémie de Covid-19 face au droit*, S. Parsa et M. Uyttendaele (coord.), Anthemis, 2020, pp. 17 et s. (en particulier, p. 26 et 27). ; M. Verdussen, « *Droits humains et crise sanitaire – L'état mis au défi* », La libre Belgique, 19 juillet 2020.

l'obligation qui leur était faite de se référer à l'article 15 de la CEDH. Ils voient dans ce recours à l'état d'exception⁵⁸ les avantages suivants :

– la franchise : l'article 15 exige la transparence et la légitimité des mesures et des motifs. Sa communication envers le Conseil de l'Europe permet un *benchmarking* des décisions par rapport à celles d'autres États et cela sous l'œil vigilant des organes du Conseil de l'Europe, qui peuvent, sur cette base comparative, interroger les états sur la proportionnalité des mesures ;

– la délibération démocratique, dans la mesure où le Conseil de l'Europe sera saisi d'une loi ayant reçu l'assentiment du législatif au terme d'une procédure complète⁵⁹. À cet égard, les auteurs français s'inquiètent du mode d'adoption de la loi du 20 mars 2020 prise suivant la procédure de l'article 46 de la Constitution et ce, ajoutent-ils, avec la bénédiction du Conseil Constitutionnel.⁶⁰

– l'exigence stricte et motivée de proportionnalité des mesures proposées au vu de l'état d'urgence.

– comme le note Sudré⁶¹, « *L'état d'urgence avec article 15 aurait entraîné la suspension de lege de la Convention (à l'exception des droits intangibles (torture et droit à la vie) ; l'état d'urgence sans l'article 15 emporte la suspension de facto de la Convention (avec la même exception). Dans l'un et l'autre cas, la Convention offre une protection très réduite face aux mesures exceptionnelles prises au titre de l'urgence sanitaire. Le recours à l'article 15 aurait eu le mérite de dire les choses*

⁵⁸ Ce non-recours est d'autant plus étonnant de la part des autorités publiques françaises que la loi du 23 mars 2020 fonde le régime d'exception prévu sur le concept d'*urgence sanitaire qui met en péril la nation*.

⁵⁹ « *L'état d'urgence peut être déclaré par le Parlement ou par l'exécutif. Idéalement, elle devrait être déclarée par le Parlement ou par l'exécutif, sous réserve de l'approbation immédiate du Parlement. En cas d'urgence, une entrée en vigueur immédiate pourrait être autorisée - cependant, la déclaration devrait être immédiatement soumise au Parlement, qui peut la confirmer ou l'abroger.* » (Commission de Venise, rapport intermédiaire sur les mesures prises dans les États membres de l'UE à la suite de la crise de la COVID-19 et leur incidence sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux, 8 octobre 2020 (CDL-AD (2020) 018), paragraphe 57 (disponible sur le site : Venice Commission : Council of Europe (coe.int). La Commission de Venise est, notons-le, un organe créé par le Conseil de l'Europe.

⁶⁰ Arrêt du Conseil Constitutionnel du 26 mars 2020 : « *Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution.* »

⁶¹ Article cité note 47.

clairement et de mettre le droit en accord avec la réalité. Il reste la réalité.»

On ajoute d'autres considérations qui auraient justifié le recours à l'article 15 : en particulier, l'obligation de fixer aux mesures une durée ne dépassant pas l'urgence sanitaire : le Conseil rappelle le danger des textes d'exception qui survivent à l'état d'urgence. La fixation d'une date déterminée n'est certes pas obligatoire et, si elle existe, elle n'empêche pas la prorogation mais oblige à justifier celle-ci et à passer par une procédure d'information du Conseil de l'Europe. Enfin et surtout, dans la mesure où l'article 15 de la CEDH permet de se soustraire des balises imposées par l'article 52, en particulier, de ne pas attenter à l'« essence » des droits et libertés, le recours, le cas échéant, invite nos autorités à réfléchir sur la notion d'« essence » des libertés et droits, notion dont on regrette qu'elle n'ait fait l'objet que de peu de commentaires jusqu'à présent. La restriction « essentielle » et la suspension des droits et libertés nous paraissent devoir faire l'objet d'une motivation plus soignée encore que les simples limites, en particulier dans la recherche d'alternatives moins restrictives de libertés.

Au-delà, faut-il rendre le recours à l'article 15, obligatoire lorsque l'urgence sanitaire oblige à restreindre les libertés ? N'y a-t-il pas lieu, comme le débat en Belgique le réclame (débat que précisément le Parlement belge mène suite à un projet de loi du gouvernement⁶²), de mettre sur pied une loi-cadre couvrant ces régimes d'exception de manière à ce qu'à l'urgence de la situation, ne doive pas répondre l'urgence du bricolage réglementaire ? Le principe fondamental de cette loi-cadre devrait-être de garantir le respect des conditions matérielles et formelles imposées par l'article 15 de la Convention européenne. N'est-il pas temps d'insérer un corpus cohérent et complet de règles de base destinées à encadrer les limitations et dérogations aux droits fondamentaux⁶³ ? Le

⁶² Avant-projet de loi relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, CMR 26 février 2021 (2021 A 03330.004)

⁶³ La Constitution belge « a été révisée à de nombreuses reprises, spécialement à partir de la fin des années 60. Mais, si on y regarde de plus près, on constate que le pouvoir constituant est obnubilé par le fédéralisme. La plupart des modifications sont liées à la transformation de l'État belge en un État fédéral. Si d'autres changements sont intervenus, ils révèlent une dérive pointilliste dans l'exercice du pouvoir constituant, ne répondant qu'à des besoins ponctuels et limités. (...), les révisions au coup par coup trahissent dans le chef du Constituant un triste manque d'ambition. Combien de choix fondamentaux ne sont-ils pas omis, reportés ou évités ? », in M. Verdussen, *Réenchâtrer la Constitution*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2019, p. 15.

Professeur Marc Verdussen le demande : « N'est-il pas préférable d'entrouvrir cette porte, in tempore non suspecto, en posant des limites matérielles et procédurales à la mise en œuvre d'un régime dérogatoire ? »⁶⁴.

Chapitre II. Les principes présidant à la limitation ou à la dérogation de nos libertés : légalité et proportionnalité, et leur application à la protection des données et à la liberté d'expression

I. Les principes

16. La Charte et la C.E.D.H s'accordent sur un commun dénominateur, à savoir les deux principes à prendre en compte lors de l'analyse des mesures de limitation et, *a fortiori*, de restrictions des libertés. À cet égard, le Parlement européen dans sa Résolution du 17 avril 2020⁶⁵ mettait déjà en garde les États membres sur le danger que représentaient les mesures de lutte contre la pandémie en ce qui concerne nos libertés et nos démocraties : « *Underlines that the Charter of Fundamental Rights of the European Union and compliance with the rule of law must continue to apply, and that in the context of emergency measures, the authorities must ensure that everyone enjoys the same rights and protection; emphasises that all measures taken at national and/or EU level must be in line with the rule of law, strictly proportionate to the exigencies of the situation, clearly related to the ongoing health crisis, limited in time and subjected to regular scrutiny; deems it totally incompatible with European values both the decision from the Hungarian Government to prolong the state of emergency indefinitely, to authorize the Government to rule by decree without time limit, and to weaken the emergency oversight of the Parliament.* »

Examinons la signification de ces deux principes.

⁶⁴ M. Verdussen, « *Démocratie, État de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de COVID-19 : perspectives croisées. La situation en Belgique* », note de travail pour l'Unité mixte de recherche (UMR) « DICE-Droits International, Comparé et européen », 15 avril 2020, p.2. ; https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/m_verdussen-note_de_travail_nde_1-15_avril_2020.pdf?fbclid=IwAR2_eRAZRKInvMhmMZfzIR-vW0qei-AP0ecaHmurErJCaBpD74myIz-qgbo ; consulté en dernier lieu le 20 octobre 2020.

⁶⁵ European Parliament resolution of 17 April 2020 on EU coordinated action to combat the COVID-19 pandemic and its consequences (2020/2616(RSP)), n°46.

A. La légalité

17. Le principe de légalité est une exigence de l'État de droit, il postule que les autorités publiques n'agissent qu'en vertu d'une « loi » et dans les limites de leurs compétences établies par la Constitution. Par ailleurs, elles agissent par des textes publics, c'est-à-dire accessibles à chacun et énoncés dans un langage clair qui permet aux citoyens de prévoir les effets des textes adoptés. L'exigence de légalité revêt donc un aspect formel (la source) et un aspect matériel (le contenu).

a. La légalité formelle

18. En ce qui concerne le premier aspect, que les juristes ont convenu d'appeler la légalité formelle, on rappelle que la Cour européenne des droits de l'homme procède à une interprétation large de la notion de « loi » et vise tant la loi au sens strict du terme, que des réglementations des autorités de l'exécutif, y compris un simple décret voire une circulaire ministérielle. La Cour estime en effet que la question de l'appréciation de la nature « légale » d'une règle limitative d'un droit dépend avant tout des autorités nationales. La notion de loi peut donc recouvrir des textes non législatifs voire une jurisprudence constante et bien connue⁶⁶. La référence à l'urgence sanitaire peut constituer un prétexte à une délégation tous azimuts et abusive à des décisions réglementaires venant d'autorités non contrôlées et peu soumises à un contrôle démocratique.

De manière plus générale, les pouvoirs de l'exécutif tendent à être temporairement renforcés. D'une part, l'exécutif se voit attribuer de nouveaux pouvoirs plus forts que ceux dont les autorités de l'État ne disposeraient pas dans des circonstances normales (par exemple, le pouvoir de suspendre ou de restreindre davantage certains droits de l'homme). D'autre part, l'exécutif peut se voir attribuer certains pouvoirs qui, dans des circonstances normales, appartiendraient aux autres pouvoirs, essentiellement législatifs (par exemple, le pouvoir d'édicter des actes normatifs).

Ainsi, en Belgique, la Belgique, alors sans gouvernement de plein exercice, a fait appel aux dispositions de l'article 105 de la Constitution pour justifier l'adoption le 27 mars 2020 d'une loi habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus⁶⁷ pour

⁶⁶ Parmi d'autres arrêts de la Cour de Strasbourg, lire CEDH, arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971 ; CEDH, arrêt Sunday Times du 26 avril 1979

⁶⁷ Loi du 27 mars 2020, habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-II, *M.B.*, 30 mars 2020.

une première durée de 3 mois. On note que les gouvernements fédérés ont réclamé la même délégation de compétences. Cette délégation large à des organes peu visibles et peu contrôlés démocratiquement n'est pas sans poser problème car elle extrait du débat démocratique la gestion de la crise. En ce sens, dans son avis relatif à la proposition de loi de pouvoirs spéciaux, habilitant le Gouvernement (le Roi) à prendre des mesures nécessaires à la lutte contre la propagation du Coronavirus⁶⁸, le Conseil d'État avait averti du risque que de nombreuses mesures portent atteinte aux droits fondamentaux en vigueur dans l'ordre juridique belge. Il invita le Gouvernement fédéral à vérifier, soigneusement et, *in concreto*, le respect par ces mesures des conditions permettant de déroger aux droits fondamentaux. Et puis, la ministre de l'Intérieur s'est fondée sur une loi purement circonstancielle, un accident ferroviaire de grande ampleur, pour justifier de la prise de nombreux arrêtés ministériels, s'attirant la foudre de constitutionnalistes⁶⁹. Ainsi, Verdussen écrit : « Parmi ces dispositions, le fondement sur l'article 182 de la loi du 15 mai 2007, qui prévoit que « [l]e ministre [ayant l'intérieur dans ses attributions] ou son délégué peut, en cas de circonstances dangereuses, en vue d'assurer la protection de la population, obliger celle-ci à s'éloigner des lieux ou régions particulièrement exposés, menacés ou sinistrés, et assigner un lieu de séjour provisoire aux personnes visées par cette mesure - il peut, pour le même motif, interdire tout déplacement ou mouvement de la population -, semble douteux. Cette disposition ne précise pas, selon nous, les éléments essentiels des mesures, et n'encadre pas davantage les objectifs à poursuivre lors de leur adoption. La base légale semble donc

⁶⁸ Conseil d'État belge, avis de la section de législation n° 67142/AG du 25 mars 2020, p. 30, §§ 6.1.1 et 6.1.2.

⁶⁹ M. Verdussen, *op. cit.*, p. 2. À noter que cette prise de position a reçu l'appui de nombreux autres constitutionnalistes dans une carte blanche publiée en janvier 2021. On ajoute que sur cette base, le tribunal de Police du Hainaut, division de Charleroi, considère dans un jugement du 21 septembre que le Ministre de l'Intérieur ne pouvait pas prendre des mesures sur base de l'article 182 de la loi du 15 mai 2007 relative à la protection civile. : « Sans doute, la répression est-elle nécessaire pour appréhender certains comportements dans le cadre d'une gestion d'une épidémie, mais pas au détriment de l'État de droit. Seul le législateur est habilité à prendre de telles décisions. Il dispose seul de la légitimité démocratique d'évaluer tous les intérêts et valeurs en présence et de les mettre en balance. Dans une démocratie, la fin ne justifie pas les moyens. ». Cette décision a cependant été frappée d'appel et la Cour d'appel a fini par accepter la constitutionnalité de telles mesures, vu que la loi de 2007 ne stipulait pas de délai et ne visait pas expressément un événement particulier, nonobstant l'indication claire dans l'exposé des motifs.

insuffisante pour rencontrer l'exigence de légalité formelle. » C'est sur base de ces critiques nourries que le Parlement a réclamé la prise d'une loi pandémie actuellement en discussion de manière à régler la procédure et fixer les compétences des différents pouvoirs législatifs et exécutifs, en cas de pandémie. Cette loi est en cours de discussion⁷⁰.

Plus inquiétante encore, la délégation donnée par les textes à des organes techniques peu soumis au contrôle démocratique. Nous nous limitons à citer quelques exemples. Le premier, belge, souligne le cas des délégations données par des arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux à des comités techniques, en particulier le comité sectoriel sécurité sociale et santé en Belgique. Il faut également questionner cette nouvelle « pratique légistique », pour le moins surprenante consistant à communiquer, voire compléter les textes législatifs par ce qui est communément appelé des FAQ ou « Questions fréquemment posées ». L'importance du recours aux FAQ a été souvent soulignée lors des débats au Parlement. Si en théorie, elles demeurent juridiquement subordonnées à l'adoption de l'arrêté qu'elles entendent expliquer de manière plus pédagogique, dans les faits elles les ont régulièrement précédés et complétés en violation de la jurisprudence du Conseil d'État sur l'admissibilité des circulaires émanant d'une administration. Rappelons, à la faveur d'une jurisprudence récente du Conseil d'État, que ces FAQ ne peuvent rajouter des contraintes ne figurant pas dans la législation⁷¹ ou de nouvelles conditions.

De même, en France, délégation est donnée au Conseil de défense, présidé par le Président de la République et dont les compétences ont été élargies à la matière sanitaire⁷². Le rôle du Conseil de défense est, en effet, de définir « *les orientations en matière de programmation militaire, de dissuasion, de conduite des opérations extérieures, de planification des réponses aux crises majeures, de renseignement, de sécurité économique et énergétique, de programmation de sécurité intérieure concourant à la*

⁷⁰ Il s'agit de l'avant-projet de loi : Avant-projet de loi relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique. Deux propositions de loi de la N-VA et du CdH sont jointes à l'examen du projet de loi gouvernemental. <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/1814/55K1814001.pdf> (N-VA) et <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/1823/55K1823001.pdf> (cdH)

⁷¹ C.E., arrêt n° 241.673 du 30 mai 2018, ASBL le Théâtre-Poème ; C.E., arrêt n° 243.790 du 22 février 2019, SA Ufund.

⁷² Sur ce point, lire T. Desmoulins, « Le Conseil de défense en temps de pandémie : un lieu stratégique et politique », publié sur le site du Club des Juristes, le 28 janvier 2021.

sécurité nationale et de lutte contre le terrorisme »⁷³. Ces délégations ont pour effet, voulu ou non, de contourner les contrôles que, dans ces deux pays, exercent le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel.

19. La Résolution du Parlement européen du 13 novembre 2020 sur l'incidence des mesures relatives à la COVID-19 sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux⁷⁴ rappelle à cet égard : « considérant que des mesures d'urgence pilotées par les gouvernements dans le respect de l'état de droit, des droits fondamentaux et de la responsabilité démocratique sont nécessaires pour lutter contre la pandémie et doivent constituer la pierre d'angle de tous les efforts déployés pour contrôler la propagation de la COVID-19 ; que les pouvoirs d'urgence doivent être soumis à un contrôle supplémentaire dont l'objet est de garantir qu'ils ne servent pas en réalité à modifier l'équilibre des pouvoirs de manière plus permanente ; que les mesures prises par les gouvernements devraient être nécessaires, proportionnées et temporaires ; que les pouvoirs d'urgence comportent un risque d'abus de pouvoir par l'exécutif et peuvent subsister dans le cadre juridique national une fois que la situation d'urgence aura pris fin ; qu'il convient par conséquent, pour limiter ce risque, de mettre en place un contrôle parlementaire et judiciaire, tant interne qu'externe, ainsi que des contrepoids appropriés. »⁷⁵. Son jugement est sévère à

⁷³ Article R. 1122-1 du code de la défense.

⁷⁴ Point D. Résolution du Parlement européen du 13 novembre 2020 sur l'incidence des mesures relatives à la COVID-19 sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux (2020/2790(RSP)). Accessible sur le site du Parlement européen : Textes adoptés - L'incidence des mesures relatives à la COVID-19 sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux - Vendredi 13 novembre 2020 (europa.eu). Voir également le point E : « *considérant que le fonctionnement des démocraties et le système de contre-pouvoirs qui les encadre sont perturbés lorsqu'une situation d'urgence sanitaire contribue à modifier la répartition des pouvoirs ; qu'il en est notamment ainsi lorsque le pouvoir exécutif peut acquérir de nouveaux pouvoirs qui lui permettent de limiter les droits individuels et d'exercer des compétences généralement réservées au pouvoir législatif et aux autorités locales, tandis que le rôle des parlements, du pouvoir judiciaire, de la société, ainsi que les activités et la participation des citoyens sont frappés par des restrictions ; que dans la plupart des États membres, le pouvoir judiciaire s'exerce sans restrictions spécifiques, mais qu'il est quasiment impossible aux tribunaux de fonctionner de manière normale en raison des mesures de confinement.* »

⁷⁵ Le Rapport de la Commission de Venise (point 56) souligne les exemples positifs suivis par certains pays : « *En même temps, il y a des pays comme l'Allemagne, qui ne prévoient pas la possibilité de déroger à la répartition normale des pouvoirs pendant l'état d'urgence. En Lettonie, pendant la crise de la COVID-19, toutes les branches du pouvoir (le Président de la Lettonie, le Président de la Saeima, le Premier ministre, le*

propos de l'interprétation de la notion d'urgence de fait : « *considérant que la Commission de Venise⁷⁶ soutient l'état d'urgence constitutionnel de droit plutôt que l'état d'urgence de fait, fondé sur la législation ordinaire, étant donné qu'« un système de pouvoirs constitutionnels d'urgence de droit peut offrir de meilleures garanties pour les droits fondamentaux, la démocratie et l'état de droit et mieux servir le principe de sécurité juridique qui en découle. »*

Comme le souligne le rapport de la Commission de Venise (n° 18 et 19) : « *L'état d'urgence est fondé sur un schéma dichotomique de la normalité et de l'exception. L'approche dite de la "souveraineté" établit qu'un état d'urgence est extérieur aux dispositions juridiques et n'y est pas soumis ; tandis que l'approche dite "de l'État de droit" établit qu'un état d'urgence est lui-même une institution juridique soumise à une réglementation juridique, bien que les règles qui lui sont applicables puissent être différentes de celles applicables en temps normal. Le droit international actuel ainsi que la quasi-totalité des ordres juridiques nationaux adhèrent à cette dernière approche : même l'état d'urgence est soumis aux dispositions légales en vigueur, bien que les règles le concernant puissent s'écarter légèrement des règles applicables en temps normal. À cet égard, la Commission de Venise a déclaré que "le concept d'état d'urgence est fondé sur l'hypothèse selon laquelle, dans certaines situations d'urgence politique, militaire et économique, le système de limitations du gouvernement constitutionnel doit céder le pas au pouvoir accru de l'exécutif. Toutefois, même en cas d'état d'urgence, le principe fondamental de l'État de droit doit prévaloir". L'État de droit se compose de cinq principes fondamentaux : la légalité, la sécurité juridique, la prévention des abus de pouvoir, l'égalité devant la loi et la non-discrimination et l'accès à la justice. »*

En conclusion, seuls les changements de pouvoir nécessaires pour aider à surmonter la situation exceptionnelle, peuvent être mis en œuvre

Président de la Cour constitutionnelle et le Juge en chef de la Cour suprême) ont convenu, lors d'une session conjointe sans précédent, des principes communs de base des activités de l'État pour gérer la situation d'urgence. Cette coopération visait à assurer le respect du principe de la séparation des pouvoirs et le fonctionnement continu des institutions. »

⁷⁶ Commission de Venise, rapport intermédiaire sur les mesures prises dans les États membres de l'UE à la suite de la crise de la COVID-19 et leur incidence sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux, 8 octobre 2020 (CDL-AD (2020) 018), paragraphe 57 (disponible sur le site : Venice Commission : Council of Europe (coe.int)). La Commission de Venise est, rappelons-le, un organe créé par le Conseil de l'Europe.

et doivent être justifiés au regard des buts légitimes poursuivis : surmonter l'état d'urgence et revenir à la normalité. Les changements dans la redistribution des pouvoirs doivent être proportionnels, dans leur portée et leur ampleur, à la nature et à la gravité de la menace à surmonter. Ainsi, même les changements qui pourraient être adéquats (ou plutôt utiles) pour aider à surmonter la situation d'urgence mais qui iraient manifestement trop loin, en modifiant par exemple à long terme la structure des pouvoirs de l'État, ne seraient pas acceptables en vertu du principe de proportionnalité. On ajoute que toute modification de la répartition des pouvoirs doit être strictement limitée dans le temps, à savoir la période de la situation d'urgence.

b. La légalité matérielle

20. Dans la droite ligne de la jurisprudence strasbourgeoise, la légalité matérielle concentre aujourd'hui de nombreuses revendications en matière de légalité. Ce principe suppose, notamment, que le fondement légal de la restriction soit prévisible, à savoir clair et précis. Dans la jurisprudence européenne, une ingérence pour se conformer à l'exigence de légalité doit présenter deux qualités fondamentales : son accessibilité et sa prévisibilité. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme considère, en effet, que, pour que l'ingérence soit acceptable, la loi « *soit suffisamment accessible et énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite : en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé* »⁷⁷.

Or, le libellé des interdits qui se succèdent, souvent vague et ambigu⁷⁸, laisse perplexe. Si les lecteurs les plus expérimentés⁷⁹ se posent de

⁷⁷ Cour eur. D.H., (grande chambre), Dubská et Krejzová C. République tchèque, requêtes nos 28859/11 et 28473/12, 15 novembre 2016, n° 167.

⁷⁸ En ce sens : L. François, « *PV classés sans suite ? L'arrêté ministériel sur le confinement, un texte qui favorise l'insécurité juridique* », 15 avril 2020, la RTBF, site Internet :

https://www.rtb.be/info/regions/detail_l-arrete-ministeriel-sur-le-confinement-un-texte-qui-favorise-l-insecurite-juridique?id=10481972.

⁷⁹ Avis de N. Thirion in F. Louis, « *PV classés sans suite ? L'arrêté ministériel sur le confinement, un texte qui favorise l'insécurité juridique* », RTBF, 15 avril 2020, op. cit. ; J. Pieret, « *Carnet de crise #16 du 20 avril 2020 : La gestion de la pandémie du COVID-19 et les dérogations aux droits et libertés : faut-il recourir à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme ?* », in Carnet de crise du centre de droit

multiples questions à leur lecture, qu'en est-il dès lors des citoyens novices dans le décryptage de textes techniques ? D'autant que les formulations officielles sont elles-mêmes parfois victimes de traductions approximatives du fait de la hâte dans laquelle les textes sont adoptés⁸⁰. À titre exemplatif, citons les aberrations relevées par le professeur N. Thirion : « *Si vous interprétez à la lettre l'article 5 de cet arrêté* (ndlr : sont interdites "les activités à caractère privé ou public, de nature culturelle, sociale, festive, folklorique, sportive et récréative"), *il n'est plus permis d'écouter un disque ou de lire un livre dans son salon... Il y a aussi des oublis. Par exemple, le texte interdit les déplacements non essentiels de ou vers la Belgique, mais aucune sanction n'a été prévue pour cette interdiction. Le droit pénal étant de stricte interprétation, en principe, un juge ne pourrait infliger aucune sanction pour cette infraction.* »

Plus récemment, les textes déposés en matière de *tracing* manquent également de clarté ou de cohérence dans l'ensemble législatif existant⁸¹. Il faut également relever les écueils liés à une latitude trop importante laissée aux policiers ou aux fonctionnaires communaux chargés de faire appliquer les règles sur le terrain. L'application des arrêtés et la sanction de leur violation ont donné lieu à de nombreuses situations de confusion et d'incertitude.

On peut donc légitimement s'interroger sur le respect de la légalité formelle, par les rédacteurs des propositions de lois ou projet de décrets ou arrêtés royaux. Il serait donc opportun de penser les limitations en

public de l'ULB, 20 avril 2020, publié sur : https://droit-public.ulb.ac.be/carnet-de-crise-16-du-20-avril-2020-la-gestion-de-la-pandemie-du-COVID-19-et-les-derogations-aux-droits-et-libertes-faut-il-recourir-a-l'article-15-de-la-convention-europeenne-des-droits/#_ftnref12 ; consulté en dernier lieu le 20 octobre 2020 ; voir également en matière de migration : Ch. Allen et J. Piolat, « *Migrations et discriminations : comment penser le déconfinement en contexte de confinements structurels* », in *Déconfinement sociétal. Apport d'expertises académiques*, sous la direction de Y. Moreau, O. Servais, version 1.1., 17 avril 2020, sur le site https://07323a85-0336-4ddc-87e4-29e3b506f20c.filesusr.com/ugd/860626_731e3350ec1b4fcca4e9a3faedeca133.pdf ; consulté en dernier lieu le 20 octobre 2020.

⁸⁰ Ainsi, on observe souvent à peine 2 à 7 jours entre la publication officielle des mesures et la date du Conseil National de sécurité qui le précède. Ce délai trop court participe sans doute à la mauvaise qualité des textes, à titre exemplatif : l'arrêté royal du 17 avril 2020, suivra le Conseil National de Sécurité du 15 avril 2020.

⁸¹ Voir *infra* n° 37 et s.

termes d'efficacité mais aussi de lisibilité. À force de vouloir mélanger ou cumuler les objectifs, le contenu des textes perd en clarté.

À considérer que la « loi » surmonte l'écueil de la clarté, encore faut-il que l'ingérence soit nécessaire pour atteindre l'objectif visé et ne soit pas disproportionnée au regard des intérêts, droits et libertés en jeu. On ajoute que l'article 6.3 du RGPD⁸² fixe un minimum d'informations requises de la part des textes créant un traitement de données à caractère personnel afin que la portée et l'impact du traitement soient clairement compris des personnes concernées. Ainsi exige-t-il des informations quant aux finalités déterminées, explicites et légitimes des traitements de données à caractère personnel ; aux responsables de chaque traitement de données à caractère personnel ; aux (catégories de) données à caractère personnel qui seront traitées (et qui doivent être pertinentes et non excessives) ; aux catégories de personnes concernées dont les données à caractère personnel seront traitées ; aux catégories de destinataires des données à caractère personnel (ainsi que les raisons pour lesquelles ils recevront les données et les usages qu'ils en feront) ; au délai de conservation maximal des données à caractère personnel enregistrées⁸³.

⁸² L'article 6. 3 du RGPD traduit les exigences de l'arrêt ROTARU de la CEDH (Rotaru c. Roumanie, 4 mai 2000, n° 28341/95) : « *As regards the requirement of foreseeability, the Court noted that no provision of domestic law laid down any limits on the exercise of those powers. Thus, for instance, domestic law did not define the kind of information that could be recorded, the categories of people against whom surveillance measures such as gathering and keeping information could be taken, the circumstances in which such measures could be taken or the procedure to be followed. Similarly, the Law did not lay down limits on the age of information held or the length of time for which it could be kept.* »

⁸³ Les nombreux avis de l'APD belge sur les textes relatifs aux mesures de confinement ou déconfinement abordent à raison systématiquement cette question. Voir par exemple, le dernier en date, l'avis n°24/2021 du 2 mars 2021 relatif à l'avant-projet de loi relatif aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique (CO-A-2021-044). Autre exemple : « *Ensuite, en ce qui concerne la rédaction actuelle des finalités : Premièrement, comme l'Autorité l'a déjà souligné supra, il convient de clarifier les conditions et les circonstances dans lesquelles "une visite physique" peut avoir lieu dans le cadre du suivi manuel des personnes (présümées) infectées et de leurs contacts. (...) Le projet devrait déterminer, de manière exhaustive, les raisons pour lesquelles les centres de contact peuvent traiter les données à caractère personnel reprises dans la base de données III (qui sont, elles-mêmes, issues de la base de données I). Il convient donc de supprimer les termes "entre autres" dans l'article 3 § 1er, 2. À du projet et de prévoir, dans le projet, toutes les raisons pour lesquelles les centres de contact pourront utiliser les données à caractère personnel visées dans la disposition en projet et contacter les personnes concernées. Il en est de même pour les mots "entre*

B. La proportionnalité

21. Le principe de proportionnalité⁸⁴ implique que, pour être acceptable dans une société démocratique, une mesure de limitation d'un droit fondamental doit être nécessaire au regard tant du but poursuivi par la limitation que des moyens utilisés par l'autorité pour y parvenir. En l'occurrence, les restrictions sont justifiées par la protection de la santé publique. L'objectif de santé publique constitue évidemment un objectif légitime au regard des exigences du droit constitutionnel mais également du droit international. La protection de la santé publique relève tant d'un intérêt public supérieur que d'obligations précises à charge des états sur pied de conventions internationales. Ainsi, l'article 35 de la Charte dispose que : « *Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union.* ».

Pour autant, la simple poursuite de l'objectif de santé publique, aussi légitime qu'il soit, ne peut suffire à justifier les atteintes aux droits fondamentaux. Comme le note (n° 17) la Cour Constitutionnelle

autres" repris dans l'article 3 § 2, 2. A du projet (...) Il conviendrait de préciser ce qu'il faut entendre par "suivi" (Quelles sont la nature et l'objet de ce suivi ? S'agit-il d'un contrôle a posteriori du respect des "recommandations" fournies ? Est-il obligatoire ? Ce suivi implique-t-il des mesures contraignantes ?) (...) » (A.P.D. belge, avis 64/2020, du 20 juillet 2020, concernant un projet d'accord de coopération). À ce même propos, plus récemment, l'avis donné par l'APD belge projet d'arrêté royal concernant l'enregistrement et le traitement de données relatives aux vaccinations contre la COVID-19 (CO-A-2020-147) du 18 décembre 2020. « *Premièrement, les finalités (plusieurs des finalités), telles que décrites actuellement dans le projet, ne sont pas suffisamment déterminées et explicites*¹³. L'article 4 du projet identifie pas moins de 8 finalités distinctes, tant opérationnelles que plutôt statistiques/politiques. La formulation souvent large et peu précise de certaines finalités (notamment "la prestation de soins de santé et de traitements", "l'organisation de la vaccination", "le soutien de la politique de vaccination", "le suivi et la surveillance post-autorisation", "l'exécution d'études scientifiques ou statistiques") ne permet pas aux personnes concernées dont des données sont traitées à cet effet (ni à l'Autorité) d'avoir une idée des traitements qui seront effectués ou des circonstances dans lesquelles ils ont été autorisés.»

⁸⁴ Sur ce principe, on se référera à l'ouvrage de S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001. « *Conservation des données à caractère personnel, Accès par les autorités, Droit au respect de la vie privée, Non-violation* », *Obs. Bxl.*, 2020/3, n° 121, p. 61-62.

française⁸⁵ « *La Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire. Il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. Parmi ces droits et libertés figurent la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, le droit au respect de la vie privée garanti par cet article 2, la liberté d'entreprendre qui découle de cet article 4, ainsi que le droit d'expression collective des idées et des opinions résultant de l'article 11 de cette déclaration.* »

22. La proportionnalité nécessite *a minima* un triple test⁸⁶. La proportionnalité, dans son volet substantiel, suppose trois conditions : premièrement, l'ingérence doit être appropriée ou de nature à atteindre la finalité recherchée ; deuxièmement, elle doit être nécessaire, à savoir la moins attentatoire aux droits et libertés en concurrence ; et troisièmement, assurer la proportionnalité au sens strict. Cet examen se fait *in concreto*, pour chaque limitation.

On retrouve systématiquement l'examen de ces trois conditions dans nombre d'avis de l'APD belge : « *Pour rappel, un traitement de données à caractère personnel est considéré comme étant nécessaire s'il constitue la mesure la moins attentatoire pour atteindre l'objectif (d'intérêt général) qu'il poursuit. Il faut donc, premièrement, que le traitement de données permette effectivement d'atteindre l'objectif poursuivi. Il faut donc démontrer, sur base d'éléments factuels et objectifs, l'efficacité du traitement de données à caractère personnel pour atteindre l'objectif recherché ; deuxièmement, que ce traitement de données à caractère personnel constitue la mesure la moins intrusive au regard du droit à la protection de la vie privée. Cela signifie que s'il est possible d'atteindre l'objectif recherché au moyen d'une mesure moins intrusive pour le droit*

⁸⁵ Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, n° 17, à propos de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions :

<https://www.conseiconstitutionnel.fr/decision/2020/2020800DC.htm>

⁸⁶ Sur ces trois conditions, S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 31 à 38 ; du même auteur, appliqué aux mesures anti COVID, « *Conservation des données à caractère personnel, Accès par les autorités, Droit au respect de la vie privée, Non-violation* », *Obs. Bxl.*, 2020/3, n° 121, p. 61-62.

au respect de la vie privée ou le droit à la protection des données à caractère personnel, le traitement de données initialement envisagé ne pourra pas être mis en place. Il faut, à cette fin, détailler et être en mesure de démontrer, à l'aide d'éléments de preuves factuels et objectifs, les raisons pour lesquelles les autres mesures moins intrusives ne sont pas suffisantes pour atteindre l'objectif recherché. Si la nécessité du traitement de données à caractère personnel est démontrée, il faut encore démontrer que celui-ci est proportionné (au sens strict) à l'objectif qu'il poursuit, c'est-à-dire qu'il faut démontrer qu'il existe un **juste équilibre entre les différents intérêts en présence**, droits et libertés des personnes concernées. En d'autres termes, il faut qu'il y ait un équilibre entre l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel et l'objectif que poursuit - et permet effectivement d'atteindre - ce traitement. Les avantages qui découlent du traitement de données en question doivent donc être plus importants que les inconvénients qu'il génère pour les personnes concernées. »⁸⁷. Notre tour d'horizon (*supra*, n° 5 et s.) témoigne de l'utilisation par les juridictions du principe de proportionnalité pour annuler certaines décisions des autorités publiques, ainsi pour la liberté de culte, la liberté de réunion, etc.

23. D'autres points d'attention complètent cet examen de l'application du principe de proportionnalité. La première est la question de la durée des traitements. Le principe de proportionnalité implique, d'une part, la limitation dans le temps des mesures restrictives ou limitatives de libertés, mais, au-delà, la révision régulière de leur nécessité⁸⁸. Comme le note le

⁸⁷ Le texte ici repris est celui de l'avis APD belge n°34/2020, 28 avril 2020 ; Demande d'avis concernant un avant-projet d'arrêté royal n° XXX portant exécution de l'article 5, § 1, 1°, de la loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II), dans le cadre de l'utilisation d'applications numériques de dépistage de contacts par mesure de prévention contre la propagation du coronavirus COVID-19 parmi la population (CO-A-2020-041). Plus récemment, l'avis donné par l'APD belge sur le projet d'arrêté royal concernant l'enregistrement et le traitement de données relatives aux vaccinations contre la COVID-19 (CO-A-2020-147) du 18 décembre 2020.

⁸⁸ Prenons un exemple : l'obligation faite aux restaurateurs de noter les personnes ayant fréquenté leurs établissements. Non seulement cette mesure n'a fait l'objet d'aucun suivi sérieux par les administrations, faute de moyens, mais en outre a pu servir à certains restaurateurs indécents pour utiliser les listes ainsi dressées à d'autres fins que celle prévue par la mesure.

point J de la résolution du Parlement européen⁸⁹, « considérant que la Commission a suivi les mesures d'urgence prises par les gouvernements des États membres tout au long de la crise ; que Ursula von der Leyen, présidente de la Commission, a déclaré, le 31 mars 2020 : « Toute mesure d'urgence doit être limitée à ce qui est nécessaire et strictement proportionné. Aucune ne peut durer indéfiniment. En outre, les gouvernements doivent veiller à ce que ces mesures fassent l'objet d'un contrôle régulier. Dans un esprit de coopération, la Commission européenne suivra de près l'application des mesures d'urgence dans chacun des États membres »⁹⁰ et que le commissaire Didier Reynders a fait une déclaration similaire le 26 mars 2020 ; Point L de la résolution sur État de droit. Considérant que la Commission de Venise recommande que « les déclarations ou mesures qui n'ont pas de délai spécifique, y⁹¹ compris celles dont la suspension est subordonnée à la résolution de la situation exceptionnelle, ne soient pas considérées comme licites s'il n'y a pas de révision régulière de la situation. ».

Comme la situation évolue dans le temps, il est important que les mesures reflètent cette évolution : elles peuvent devenir plus strictes si la situation s'aggrave ou moins strictes si la situation s'améliore). La même Résolution souligne également la nécessité de prendre en compte, dans l'examen de proportionnalité, les risques de discrimination que les mesures envisagées pourraient amener, « considérant que l'application des restrictions liées à la COVID-19 devrait être proportionnée et non discriminatoire pour éviter de cibler des personnes issues de minorités ethniques et de groupes marginalisés ; que la pandémie touche de manière disproportionnée les Roms, les groupes les plus vulnérables étant les femmes et les enfants, et en particulier ceux frappés d'exclusion sociale et marginalisés qui n'ont pas accès à l'eau potable et aux services de santé, une situation dans laquelle il est quasiment impossible de suivre les règles de distanciation sociale ou de se conformer à des mesures d'hygiène strictes ». On souligne, à cet égard, avec la CNIL⁹², la nécessité

⁸⁹ Résolution du Parlement européen du 13 novembre 2020 sur l'incidence des mesures relatives à la COVID-19 sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux (2020/2790(RSP), déjà citée.

⁹⁰ Disponible à <https://ec.europa/presscomm/detail/fr/statement-èà567>.

⁹¹ Sur ce point, le Rapport de la Commission de Venise, déjà cité, n° 25 et 26.

⁹² À cet égard, lire le « Point d'étape sur les activités de la CNIL dans le contexte de la COVID-19 Le rôle du régulateur et les enjeux de la crise sanitaire en termes de protection des données » Rapport présenté en séance plénière le 12 novembre 2020, accessible sur le site de la CNIL :

de prendre en compte le fait de l'exclusion numérique qui frappe, selon certaines associations, plus de 20 % de la population.

II. L'application des principes dans deux domaines d'application

A. L'Europe face à l'utilisation du numérique dans la lutte contre la COVID : fake news et liberté d'expression

24. La pandémie a été l'occasion de nombre de messages tantôt de mésinformation, tantôt de désinformation. Cette distinction est fondamentale, dans la mesure où le premier concept vise toute information fautive, alors que la seconde ne vise que les informations à la fois volontairement fausses pour tromper autrui et profitant des moyens technologiques, soit manipulation de textes, d'images ou de sons, soit par utilisation de logiciels propres ou des plateformes pour atteindre un public et ainsi mettre en cause les sources publiques ou journalistiques d'information⁹³. Si la fautive information doit être protégée au nom de la liberté d'expression⁹⁴, on peut concevoir que la désinformation peut nuire à la démocratie (remise en cause de la vérité énoncée par nos gouvernants)

https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport_cn timer_point-etape_COVID-19.pdf. « Par ailleurs, pour les 13 millions de Français en difficulté avec les outils numériques, la numérisation de nombreux services (de l'obtention d'une attestation de déplacement à la réalisation de démarches administratives) a accru les inégalités d'usage entre les individus. À ce titre, les appels reçus par la CNIL témoignent de la détresse d'une partie de la population face à ces technologies numériques qu'ils ne maîtrisent pas. Pour certains d'entre eux, la CNIL est perçue comme l'institution pouvant résoudre leurs problèmes liés au numérique même si ceux-ci ne relèvent pas de la collecte ou du traitement de leurs données à caractère personnel. Autre indicateur de ce désarroi, la plateforme "Solidarité numérique" 19 mise en place à la mi-mars par la MedNum, coopérative des acteurs de la médiation numérique, a reçu en moyenne 350 appels par jour entre l'ouverture du centre d'appel téléphonique et l'été. »

⁹³ Sur ce débat et les mesures prises par l'Europe, lire Y. Pouillet et N. Bontridder, « L'Europe et la régulation de la désinformation », RDIT, 2021.

⁹⁴ On rappelle le célèbre attendu de la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Handyside contre Royaume-Uni* : la liberté d'expression « vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" » (Cour. eur. D.H., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, req. n° 5493/72, § 49. Voir également, Cour eur. D.H., arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, req. n° 19983/92, § 46 ; Cour eur. D.H., arrêt *Özgür Gündem c. Turquie*, 16 mars 2000, req. n° 23144/93, §§ 57 et 60)

ou simplement à la politique de santé publique que nécessite l'urgence sanitaire de la lutte contre la COVID-19.

La volonté compréhensible des autorités publiques de lutter en ces temps de pandémie contre cette désinformation a amené ces dernières à intensifier la lutte contre celle-ci. On se contentera de citer quelques documents d'autorités publiques internationales. Ainsi, l'UNICEF a adopté le 9 mars 2020 une déclaration sur la désinformation concernant le coronavirus dans laquelle elle entend prendre « *activement des mesures pour fournir des informations précises sur le virus en travaillant avec l'Organisation mondiale de la santé, les autorités gouvernementales et des partenaires en ligne comme Facebook, Instagram, LinkedIn et TikTok, pour s'assurer que des informations et des conseils précis soient disponibles, ainsi qu'en prenant des mesures pour informer le public lorsque des informations inexacts apparaissent* ». On épingle également la déclaration du 21 mars 2021 du comité d'experts du Conseil de l'Europe sur l'environnement des médias et la réforme du Conseil de l'Europe (MSI-REF). Cette déclaration contient nombre de recommandations à ce propos.

On souligne cependant le rappel des limites à cette lutte contre la désinformation, qu'impose la liberté d'expression : « *la situation de crise ne doit pas servir de prétexte pour restreindre l'accès du public à l'information. Les États ne devraient pas non plus introduire de restrictions à la liberté des médias au-delà des limites autorisées par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme* ». Le comité rappelle aussi que les « *États membres, avec tous les acteurs des médias, devraient s'efforcer de garantir un environnement favorable à un journalisme de qualité* ».

Enfin, l'Union Européenne a pris part au débat de manière critique. Le 10 juin, le Parlement européen, le Conseil européen, le Comité économique et social européen et le Comité des régions ont émis une communication relative à la lutte « *contre la désinformation concernant la COVID-19 – Démêler le vrai du faux* »⁹⁵, au vu de la montée des

⁹⁵ Accessible à l'adresse :

https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/fighting-disinformation_fr. Cf également, l'EEAS Special Report: Covid disinformation (EEAS Special Report Update): *Short Assessment of Narratives and Disinformation Around the COVID-19 Pandemic*

rumeurs et des désinformations présentes sur les plateformes⁹⁶ de partage de contenu, également appelées les réseaux sociaux. Dans le même esprit, la Commission invite les États membres « à intensifier leurs efforts en ces temps de crise pour que les journalistes puissent travailler en toute sécurité, dans de bonnes conditions, et à reconnaître les médias d'information comme un service essentiel », assurant ainsi la liberté d'expression et le droit à l'information qui en est le corollaire⁹⁷. Depuis, le Parlement européen a adopté, le 25 novembre 2020, une Résolution importante sur l'incidence des mesures relatives à la COVID-19 sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux⁹⁸. Quasiment à la même date, la Commission, dans le cadre de son projet de règlement dit *Digital Service Act*, proposait des mesures sévères vis-à-vis des très larges plateformes contre la désinformation, en particulier par la réglementation des systèmes d'intelligence artificielle utilisés par elles afin qu'à la fois ils

⁹⁶ Cette communication met l'accent sur la responsabilité des plateformes. Elle rompt avec la ligne de la politique européenne en matière de désinformation, politique de co-régulation légère voire d'autorégulation, qui, dans un premier temps, avait poussé la Commission européenne à accepter, en septembre 2018, la rédaction par les plateformes privées elles-mêmes d'un Code européen de bonnes pratiques contre la désinformation. La Commission souligne en effet la nécessité désormais d'« intensifier leur coopération avec les vérificateurs de faits et à proposer de façon proactive l'accès à leurs programmes de vérification des faits aux organisations de tous les États membres de l'UE, ainsi que de son voisinage, dans toutes les langues » ; voir les rapports de GDI : <https://disinformationindex.org/2020/05/why-is-tech-not-defunding-COVID-19-disinfo-sites/> ; consulté en dernier lieu le 20 octobre 2020.

⁹⁷ À ce propos, lire « Dix choses que fait l'UE pour lutter contre la COVID-19 et assurer la relance », détaillée sur le site (mise à jour le 21 octobre) : <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/coronavirus/10-things-against-COVID-19/>.

⁹⁸ Il est à noter que dans le cadre de sa Résolution (Résolution du Parlement européen du 13 novembre 2020 sur l'incidence des mesures relatives à la COVID-19 sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux (2020/2790(RSP)), le Parlement européen traitait déjà des problèmes posés par la désinformation, ainsi notamment : « que des cas de racisme et de xénophobie ont été signalés dans plusieurs États membres qui ont été le théâtre de discriminations fondées sur l'origine ou la nationalité à l'encontre de certaines personnes ; que des personnes d'origine asiatique et des Roms ont été la cible de discours haineux et d'agressions ; que certains responsables politiques dans certains États membres ont exploité des informations diffusées dans les médias à propos de travailleurs migrants Roms revenant massivement de pays à forte prévalence de COVID-19 pour alimenter les peurs que suscite la propagation du virus, ce qui a eu pour effet de renforcer les comportements négatifs et les stéréotypes ; »

luttent contre la désinformation et n'en facilitent pas la diffusion. Nous ne pouvons, dans le cadre de cet article aborder ce dernier texte⁹⁹.

25. La Résolution du Parlement européen a été dictée par la multiplication des désinformations qui ont circulé à propos de la pandémie COVID-19 et qui ont exigé une réaction rapide des autorités européennes¹⁰⁰. Depuis¹⁰¹, en la matière, se sont ajoutés bien d'autres faits explicables par des raisons stratégiques ou économiques. Cette « infodémie » brouille considérablement les messages officiels des instances nationales, européennes et internationales et contrecarre les initiatives qu'elles souhaitent prendre. Cette Résolution est importante car elle développe des pistes positives¹⁰² qui, au lieu de limiter la liberté d'expression, trouvent dans cette dernière un moyen de lutter contre la désinformation. Sans doute, n'est-elle pas la seule dans le concert des textes européens comme nous le montrerons mais elle en constitue l'expression la plus articulée.

⁹⁹ Sur ce débat et les mesures prises par l'Europe, lire Y. Pouillet et N. Bontridder, « L'Europe et la régulation de la désinformation », *RDIT*, 2021.

¹⁰⁰ Un rapport spécial du 24 avril 2020 de l'EEAS (Special Report update of the European External Action Service (EEAS) of 24 April 2020 entitled « Short Assessment of Narratives and Disinformation around the COVID-19/Coronavirus Pandemic » accessible en ligne sur <https://euvsdisinfo.eu/eeas-special-report-update-2-22-april/>.) liste d'ailleurs les faits de désinformation significatifs à ce propos, qu'il s'agisse de montages vidéo, d'articles de presse, d'attaques y compris physiques contre des lieux publics ou des journalistes ou de messages adressés sur les réseaux sociaux, ce que le rapport qualifie d'« infodémie ».

¹⁰¹ Résolution, point B : « considérant que la crise a mis en lumière le rôle essentiel des journalistes, qui fournissent aux citoyens des informations fiables et vérifiées ; qu'il convient ainsi de redoubler d'efforts pour leur assurer un environnement de travail sûr, dans des conditions adéquates ; que, dans le contexte de la lutte contre la corruption et la mauvaise administration dans l'Union européenne, le journalisme d'investigation devrait bénéficier d'une attention particulière. »

¹⁰² Certes, la Résolution évoque également la nécessité de réguler les plateformes qui participent à ce mouvement de désinformation et rappellent à leur égard leur responsabilité sociale comme « gatekeepers » de l'espace public informationnel : « ...in order to protect freedom of expression, including artistic freedom, the right to free and independent information and the fundamental rights of citizens in general; recalls that online platforms are part of the online public sphere in which public debate take place; calls on the Commission to ensure safeguards for platforms so that fundamental rights and freedom of speech are respected. » (document cite, n° 35).

La réaffirmation de la liberté d'expression comme pilier de la démocratie européenne est centrale dans le texte parlementaire¹⁰³. La première idée défendue est la réaffirmation du rôle de 4^{ème} pouvoir et donc de « service public » essentiel que doivent jouer les organes de presse¹⁰⁴ en tant qu'organismes d'édition, responsables d'un contenu, pluralistes, indépendants et rassemblant des journalistes habités par une forte déontologie. Le Parlement souligne les dangers d'une presse de plus en plus contrôlée par certains pouvoirs privés et, tantôt, réduite au silence par la menace externe voire par les gouvernements, tantôt devenue un outil de propagande pour l'action gouvernementale. Il décrit la paupérisation d'une presse privée des revenus publicitaires et soumise aux impératifs d'une opinion qui souhaite sensationnalisme et réaction immédiate¹⁰⁵. Par ailleurs, il note qu'un journalisme de haute qualité déontologique et donc critique par rapport à ses sources « est primordial pour la démocratie »¹⁰⁶. Le Parlement plaide pour un refinancement du secteur des médias¹⁰⁷ et conclut à ce propos : « les mesures de lutte contre la désinformation devraient viser à favoriser la pluralité des opinions, grâce à la promotion

¹⁰³ Résolution, point 6 : « ... le futur mécanisme de l'Union sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux doit consacrer la liberté des médias, y compris la liberté artistique, comme un pilier essentiel d'un régime démocratique ; invite la Commission, dans ce contexte, à recueillir des informations et des statistiques sur la liberté et le pluralisme des médias dans tous les États membres ; »

¹⁰⁴ Il s'agit bien ici des organismes de presse et non des messages que chacun de nous poste sur les réseaux sociaux, parfois qualifiés de presse électronique. Certes, eux aussi, dans la mesure où ils sont la manifestation de notre liberté d'expression, contribuent au débat public mais ne peuvent être qualifiés de presse, faute d'un environnement qui garantit la qualité du propos, et dès lors ne peuvent bénéficier de la protection particulière que la Constitution et les lois accordent à une presse par ailleurs responsable. Sur la tendance à accorder aux expressions d'intérêt général des citoyens sur Internet, les mêmes protections qu'à la presse, lire J. Englebert, « La liberté d'expression à l'heure de l'Internet », in *Vie privée, liberté d'expression et démocratie dans la société numérique* (Y. Pouillet éd.), *Cahier du CRIDS n° 47*, pp. 123 et s.).

¹⁰⁵ La Résolution, point 7 : « souligne que le rôle des médias du service public est irremplaçable et insiste sur le fait qu'il est essentiel de garantir et de maintenir leur indépendance vis-à-vis de toute ingérence politique ; souligne, en outre, également la nécessité de garantir l'indépendance financière des opérateurs privés et les conditions de viabilité de leurs activités afin d'éviter la captation de médias ; réitère, dans ce contexte, l'appel du Parlement à mettre en place un ambitieux plan d'action de l'Union en faveur des médias ; condamne les tentatives des gouvernements de certains États membres de réduire au silence les médias critiques et indépendants, ainsi que de restreindre la liberté et le pluralisme des médias... ».

¹⁰⁶ Résolution, point 7.

¹⁰⁷ Résolution, points 3 et 21.

du journalisme de haute qualité, qui fournit des informations fiables, fondées sur les faits et vérifiées »¹⁰⁸.

Le renforcement des médias dignes de confiance devrait s'opérer par l'apposition de labels de qualité délivrés par la profession elle-même. Ainsi, ces labels accroîtraient la visibilité, pour le simple citoyen, des canaux d'information fiables dans la manière dont l'allégation est contrôlée avant de devenir, le cas échéant, information et d'être, alors seulement, publiée¹⁰⁹. Les publications effectuées par ces organismes labellisés permettraient en contrepoint de démasquer les désinformations venues d'ailleurs. Dans ce contexte, il est intéressant de noter la volonté des autorités européennes elles-mêmes dans des cas exceptionnels, de mettre sur pied des plateformes d'information, afin d'« assurer une communication renforcée et proactive dans toutes les langues officielles en cas de situations d'urgence publique majeure, telles que la pandémie, afin de veiller à ce que les citoyens européens aient accès à des informations exactes, faciles à exploiter et vérifiées. »¹¹⁰.

Le pluralisme de la presse est fondamental. Le Parlement en appelle à un plan d'action européen pour le développement d'un paysage des médias, « dynamique et pluraliste »¹¹¹. Pour assurer cette liberté des journalistes d'agir sans crainte de représailles voire de violences, le Parlement plaide pour l'adoption de règles assurant la protection des journalistes et des « lanceurs d'alerte », protection y compris physique mais également et surtout contre le harcèlement et les représailles de quelque nature qu'elles soient¹¹².

¹⁰⁸ Résolution, point 34.

¹⁰⁹ Des initiatives existent en ce sens. Ainsi, on distinguera des labels comme celui proposé par « Journalism Trust Initiative » des reporters dits sans frontières qui se concentre sur les méthodes de production de l'information ou celui, finlandais, qui consiste à adhérer à une déontologie dont le respect est contrôlé par le conseil de déontologie journalistique (sur ce point, lire M. Hanot, « Un conseil de déontologie pour restaurer la confiance entre médias d'information et public », *Rapport annuel du Conseil de déontologie journalistique, 2016-2017*, pp. 7 et 8.

¹¹⁰ Résolution, point 50.

¹¹¹ Résolution, point 20.

¹¹² Point 11 : « ... demande la mise en œuvre des orientations de l'Union relatives à la liberté d'expression en ligne et hors ligne, qui précisent que l'Union prendra toutes les mesures nécessaires pour assurer la protection des journalistes, que ce soit par la prévention ou en insistant pour que de réelles enquêtes soient menées lorsque des violations sont commises ; souligne que les femmes journalistes sont particulièrement exposées au harcèlement et aux intimidations et qu'elles doivent donc faire l'objet de protections supplémentaires ; fait part de sa vive préoccupation au sujet de

26. Ces réflexions positives n'empêchent pas que, comme le soulignaient les experts du Conseil de l'Europe, la lutte contre la désinformation semble avoir justifié des restrictions parfois inacceptables parce que disproportionnées de la liberté d'expression. Ainsi, on pointe la censure publique ou privée de certaines déclarations et la volonté du gouvernement français d'interdire légalement aux membres du corps médical de mettre en doute l'efficacité des vaccins ou de minimiser les dangers ou l'ampleur de la pandémie. La vérité de l'État n'est pas plus vérité que celle de ceux qui la critiquent. C'est bien là le « jeu » même de la démocratie.

B. La protection des données¹¹³

27. À l'heure où se multiplient les bases de données recensant les personnes, victimes ou susceptibles d'être victimes du Coronavirus, vaccinées ou en attente de vaccination, en voyage ou de retour de voyage, à l'heure où le recours aux techniques de traçage numérique ou autres, y compris via les drones, s'invite dans notre quotidien, d'importantes questions relatives à la conception du droit au respect de la vie privée émergent. Il est certain que, depuis l'entrée en vigueur du RGPD, la sauvegarde de la vie privée et la protection des données à caractère personnel sont devenues des sujets de premier plan, parfois au même titre que la sauvegarde de la santé. Le phénomène a été accentué par les nombreuses interventions, dans les débats et dès les premiers jours de la crise des Autorités de contrôle au travers de toute l'Europe. Les Autorités de protection des données de la plupart des pays ont publié des déclarations ou des directives sur le traitement et le partage des données¹¹⁴

l'augmentation des attaques contre les femmes journalistes et professionnelles des médias ; invite une nouvelle fois les États membres à adopter une approche qui tient compte des questions d'égalité des sexes lorsqu'ils envisagent des mesures visant à assurer la sécurité des journalistes ; ».

¹¹³ Pour le point B., nous nous référons à l'étude de Me Alain Basdevant publiée dans le même ouvrage, de même qu'aux études plus complètes déjà publiées et citées à la note 3 de la présente contribution

¹¹⁴ Le lecteur trouvera la liste complète et impressionnante des avis, opinions, déclarations, etc., des Autorités de Protection des Données et autres organes nationaux et internationaux de protection des données sur le site :

<https://globalprivacyassembly.org/COVID19/>. Cf également le site très nourri de l'équipe de recherche LSTS de la VUB (Brussels) : « Data Protection Law and the COVID-19 outbreak », accessible à l'adresse : <https://lsts.research.vub.be/en/data-protection-law-and-the-COVID-19-outbreak>.

dans le contexte de la pandémie : en France, de la Commission nationale informatique et libertés en France (ci-après la CNIL)¹¹⁵ ; en Belgique, ce fut le fait de l'Autorité de protection des données (ci-après l'A.P.D.)¹¹⁶ ; au niveau européen du Comité européen de protection des données (ci-après le C.E.P.D. ou E.D.P.B. en anglais)¹¹⁷, et du Conseil de l'Europe¹¹⁸. L'EDPB rappelle le principe qui doit être suivi par les autorités publiques dans l'utilisation des outils technologiques à l'appui de la lutte contre la pandémie. « *De manière générale, l'EDPB estime que les données et les technologies utilisées pour aider à lutter contre la COVID-19 devraient être employées pour outiller les personnes, plutôt que pour les contrôler, les stigmatiser ou les réprimer. En outre, si les données et les technologies*

¹¹⁵ CNIL, « Thématique », « Coronavirus (COVID-19) » ; à l'adresse suivante : <https://www.cnil.fr/fr/coronavirus-COVID-19>. Dans ce point d'étape, le 21 janvier 2021, disponible à l'adresse : <https://www.cnil.fr/fr/point-detape-sur-les-activites-de-la-cnil-dans-le-contexte-du-19>, la CNIL revient sur son accompagnement des pouvoirs publics dans la mise en œuvre de divers dispositifs destinés à lutter contre l'épidémie de la COVID-19, qu'il s'agisse de TousAntiCOVID, anciennement StopCOVID, ou encore des systèmes d'information « SI- DEP » et « CONTACT COVID ».

Chiffres clés - activités de la CNIL entre mars et juin 2020 : 13 séances plénières en lien avec l'épidémie de COVID-19, 6 avis rendus en lien avec l'épidémie de COVID-19, 5 auditions parlementaires de la Présidente de la CNIL

Ce rapport aborde également l'instruction par la CNIL, dans des délais extrêmement courts, des demandes d'autorisation déposées dans le secteur de la recherche en santé et portant sur la COVID-19. À titre indicatif, en novembre 2020, 80 demandes d'autorisation étaient déjà déposées.

¹¹⁶ A.P.D., avis relatifs à la COVID-19, à l'adresse suivante :

<https://www.autoriteprotectiondonnees.be/professionnel/themes/COVID>

¹¹⁷ E.D.P.B., (C.E.P.D. en français) « *Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak* », 20 March 2020, consulté en dernier lieu le 20 octobre 2020 à l'adresse suivante https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other/statement-processing-personal-data-context-COVID-19-outbreak_fr.

Cf également de la part de l'EDPB, les « *Lignes directrices 4/2020 relatives à l'utilisation de données de localisation et d'outils de recherche de contacts dans le cadre de la pandémie de COVID-19 Adoptées le 21 avril 2020* »

¹¹⁸ Déclaration de la Présidente du comité consultatif de la Convention n° 108 et du DPO du Conseil de l'Europe, accessible à l'adresse : <https://www.coe.int/fr/web/data-protection/statement-by-alessandra-pierucci-and-jean-philippe-walter>. Cette déclaration a été complétée par les mêmes personnes, au vu des questions nouvelles soulevées par le déconfinement : <https://www.coe.int/en/web/data-protection/contact-tracing-apps> ; site consulté en dernier lieu le 20 octobre 2020. On ajoute que le C.E.P.D a, par ailleurs, augmenté le rythme de ses réunions afin de répondre au mieux et au plus vite aux enjeux de la protection des données dans le cadre de la pandémie. Cf également, la Résolution de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, n° 2361 (2021)1 Version provisoire Vaccins contre la COVID-19 : considérations éthiques, juridiques et pratiques.

peuvent être des outils importants, elles présentent des limites intrinsèques et peuvent seulement accroître l'efficacité d'autres mesures de santé publique. Les principes généraux d'efficacité, de nécessité et de proportionnalité doivent guider les mesures adoptées par les États membres, ... ». Mettre les technologies au service des personnes et de leur capacité de décider et non en faire un outil de contrôle, est certes le message adressé par les autorités de contrôle.

28. C'est en ce sens que se conçoit la préférence donnée à l'anonymisation des données de localisation dans le cadre de *tracing* automatique : « *The EDPB emphasises that when it comes to using location data, preference should always be given to the processing of anonymised data rather than personal data. Anonymisation refers to the use of a set of techniques in order to remove the ability to link the data with an identified or identifiable natural person against any "reasonable" effort. This "reasonability test" must take into account both objective aspects (time, technical means) and contextual elements that may vary case by case (rarity of a phenomenon including population density, nature and volume of data). If the data fails to pass this test, then it has not been anonymised and therefore remains in the scope of the GDPR* »¹¹⁹. Le principe d'autonomie justifie les conditions mises à l'utilisation des systèmes grand public de *tracing*, qu'ils soient manuels ou automatiques (application TousAntiCovid). En effet, les personnes concernées jouissent d'une double protection : celle de la « loi », qui définit les conditions de proportionnalité et celle du consentement. Enfin, si le C.E.P.D. exige une « loi » pour encadrer le système de *tracing*, dans le même temps, il réclame que la « loi » renvoie au consentement spécifique de l'individu dans la mise en œuvre des mesures¹²⁰, en ce qu'il dispose que : « *the legal basis or legislative measure that provides the*

¹¹⁹ E.D.P.B. (C.E.P.D. en français), Guidelines déjà citées, n° 14 et s.

¹²⁰ Le rapport d'experts nommés par la Commission pour étudier les bases d'une politique de partage des données entre le secteur privé et le secteur public estimait que le consentement des citoyens pour une transmission aux autorités publiques de leurs données collectées par des entreprises privées pourrait être une base légale suffisante pour justifier la création de « *big data* » dont l'exploitation servirait l'intérêt général. Le rapport parle de « consentement altruiste », in *Towards a European strategy on business-to-government data sharing for the public interest*, Final report prepared by the High-Level Expert Group on Business-to-Government Data Sharing, 19 février, 2020. La Commission européenne a présenté, ce même 19 février, ce document comme un des éléments de sa stratégie en matière de données.

lawful basis for the use of contact tracing applications should, however, incorporate meaningful safeguards including a reference to the voluntary nature of the application »¹²¹.

La base légale des traitements dont les pouvoirs publics (des organismes de santé publique) sont responsables est donc la loi mais cette dernière prévoit explicitement le consentement comme condition de son application. Nous ajoutons que ce consentement, pour être libre, ne peut être conditionné par aucun avantage et que le refus de l'application ne peut entraîner aucune discrimination. Ce dernier point pose difficulté dans la mesure où il y a une tentation de plus en plus grande de certains commerces ou autres établissements d'exiger de pouvoir vérifier si les personnes qui souhaitent bénéficier de l'entrée dans leurs établissements disposent d'une attestation, aujourd'hui d'un test positif, demain d'une vaccination. Il sera donc important que les exigences de proportionnalité soient rappelées par les autorités, y compris de protection des données, aux opérateurs privés qui souhaiteraient imposer cette condition au bénéfice de leurs services ou à l'accès à leurs lieux.

29. Le principe de transparence reçoit des significations multiples. La transparence est requise de l'acte législatif selon la condition de légalité formelle, qui présente en matière de protection des données, une signification particulière (voir *supra*, n° 18). Dans le cadre de la mise sur pied des systèmes de *tracing* automatique, le principe implique en outre la publication en open source des algorithmes de fonctionnement. Au-delà de ce débat général, le RGPD institue également une transparence des traitements vis-à-vis des personnes concernées par ceux-ci. Les articles 12, 13, 14 et 15 exigent une information sur les caractéristiques principales du traitement et le droit d'accès aux données traitées : Qui est responsable ? Pour quelles finalités ? Quelles données sont traitées ? Si la collecte vient d'un tiers, quelles sont les sources ? À qui sont-elles destinées ? À qui se plaindre ? ... S'ajoute à ce droit à l'information, l'existence d'un droit d'accès à toutes les données, non seulement celles de base, mais également les données résultant des traitements ayant trait à la personne concernée (par exemple, la forte probabilité de la contagion, la présence de personnes infectées dans l'entourage) sous réserve que la

¹²¹ E.D.P.B., (C.E.P.B. en français), Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak, 21 April 2020, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_20200420_contact_tracing_COVID_with_annex_en.pdf.

communication ne mette pas en cause les intérêts et droits d'autrui. On ajoute que, selon les prescrits du RGPD, si le traitement aboutit à une décision, le responsable du traitement donne les informations « sur la logique sous-jacente ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour la personne concernée ». Dans le cas du traçage, il sera utile pour la personne contactée de connaître ce qui a présidé à la décision de la contacter, les critères utilisés pour la considérer comme suspecte et les conséquences que cette alerte signifie pour elle (obligation d'aller se faire dépister, obligation de se confiner...).

30. Le principe de minimisation justifie que seules les données réellement nécessaires aux différentes finalités du traçage pourraient être collectées et traitées par les catégories de personnes en charge de la réalisation de ces finalités. Il reçoit une application intéressante en matière de *tracing* automatique. À cet égard, dans ses lignes directrices, l'EDPB¹²² exclut l'utilisation des données de localisation : « *In the context of a contact tracing application, careful consideration should be given to the principle of data minimisation and data protection by design and by default ;*

– *contact tracing apps do not require tracking the location of individual users. Instead, proximity data should be used ;*

– *as contact tracing applications can function without direct identification of individuals, appropriate measures should be put in place to prevent re-identification ;*

– *the collected information should reside on the terminal equipment of the user and only the relevant information should be collected when absolutely necessary ».*

L'application de ces exigences a nourri toute la discussion dans nombre de nos pays du choix entre le protocole DP-3T (*Decentralized*

¹²² Le « Statement » publié, le 30 mars 2020) par la présidente du Comité consultatif de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe et le DPO de la même institution (Déclaration conjointe sur le droit à la protection de données dans le contexte de la pandémie à COVID-19 accessible sur le site du Conseil, Déclaration d'Alessandra Pierucci et Jean-Philippe Walter (coe.int)) s'interroge sur la nécessité de ce traçage : « *Although technological tools can play an important role in addressing the current challenge, the first - essential - question we have to ask ourselves before systematic and uncritical adoption of technology (not having assessed their effectiveness and proportionality) is: Are those "Apps" the solution? Considering the absence of evidence of their efficacy, are the promises worth the predictable societal and legal risks?* ».

Privacy Preserving Proximity tracing), choisi par nombre de pays européens (Belgique, Allemagne, Italie, Portugal, etc.) et le protocole concurrent Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing (PEPP-PT), choisi par la France pour son application TousAntiCovid. Les deux utilisent la technologie Bluetooth Low Energy pour suivre et enregistrer sur le système installé sur nos mobiles, nos rencontres avec d'autres utilisateurs. Les protocoles diffèrent dans leur mécanisme de déclaration. PEPP-PT oblige les clients à télécharger les journaux de contact vers un serveur de rapports central. Avec le DP-3T, au contraire, le serveur central de rapports n'a jamais accès aux journaux de contact et n'est pas responsable du traitement et de l'information des clients de contact. Il apparaît donc comme offrant une meilleure garantie de protection pour nos données et l'inscrit dans le design du système lui-même.

Cet exemple atteste de l'importance de se livrer au *Privacy Impact Assessment* prescrit par les articles 35 et s. du RGPD¹²³. Idéalement, pour des applications grand public ou destinées à l'ensemble de la population, comme le sont tous les traitements établis par l'autorité publique pour lutter contre le coronavirus, il serait utile que cette évaluation puisse être faite avec l'ensemble des groupes d'intérêts, par une équipe multidisciplinaire et soit soumise préventivement à la consultation du public. La même exigence devrait s'appliquer aux traitements IA utilisés aux fins de lutte contre la pandémie¹²⁴.

¹²³ À ce sujet voir le PIA réalisé en Belgique à propos du *tracing* automatique (*Application de traçage des contacts – Belgique Analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD)*, 15 septembre 2020, à l'adresse : https://coronalert.be/wp-content/uploads/2020/09/20200915-DPIA_contactopsporingsapplicatie-Belgie-V.5_final_FR.pdf et les réflexions de la CNIL à ce même propos. La CNIL (Délibération CNIL, « Délibération n° 2020-046 du 24 avril 2020 portant avis sur un projet d'application mobile dénommée "StopCOVID" », accessible à l'adresse <https://www.cnil.fr/fr/publication-de-lavis-de-la-cnil-sur-le-projet-dapplication-mobile-stopCOVID> : « *Dans son avis, la CNIL rappelle que l'utilisation d'applications de recherche des contacts doit s'inscrire dans une stratégie sanitaire globale et appelle, sur ce point, à une vigilance particulière contre la tentation du "solutionnisme technologique". Elle souligne que son efficacité dépendra, notamment, de sa disponibilité dans les magasins d'application (appstore, playstore...), d'une large adoption par le public et d'un paramétrage adéquat* ».

¹²⁴ À ce propos, le très intéressant document réalisé par le secrétariat du CAHAI (Comité d'experts ad hoc créé par le Conseil de l'Europe, intitulé « *IA et lutte contre le coronavirus* » disponible sur le site du Conseil de l'Europe à l'adresse : [IA et lutte contre le coronavirus -19 \(coe.int\)](https://www.coe.int)).

31. La Résolution du Parlement européen du 20 novembre 2020 sur la pandémie et l'État de droit¹²⁵ résume bien le propos ci-dessus tenu : «*Considérant que, dans le cadre de la lutte contre la pandémie, les mesures restrictives des droits relatifs au respect de la vie privée et à la protection des données devraient revêtir un caractère essentiel, proportionné et temporaire ; que les nouvelles technologies ont joué un rôle important face à la pandémie, mais qu'elles posent de nouveaux défis et ont soulevé des inquiétudes ; que les gouvernements de certains États membres ont recouru à une surveillance extrême de leurs citoyens : utilisation de drones¹²⁶, surveillance au moyen de véhicules de police équipés de caméras, traçage grâce aux données de localisation des prestataires de services de télécommunications, patrouilles de police et militaires, suivi de quarantaines obligatoires par des appels de la police au domicile ou obligations de déclaration au moyen d'applications ; que certains États membres ont introduit des applications de traçage des contacts, bien qu'il n'existe pas de consensus quant à leur efficacité et que le système décentralisé, pourtant le plus respectueux de la vie privée, n'est pas toujours utilisé que, dans certains États membres, la réouverture des espaces publics est allée de pair avec la collecte de données à partir des contrôles de température obligatoires et de questionnaires et l'obligation de communiquer des informations sur les contacts, parfois au mépris des obligations découlant du règlement général sur la protection des données.* »

Conclusions : soyons vigilants, nous juristes en particulier

32. Notre contribution n'a d'autre but que d'appeler les citoyens à la vigilance et à exiger que les mesures de lutte contre la COVID fassent

¹²⁵ Résolution déjà citée, point Aa.

¹²⁶ Sur l'utilisation de drones à des fins de lutte contre la pandémie, notons que, par une ordonnance de référé rendue le 18 mai 2020, le Conseil d'État a enjoint à « l'État de cesser, sans délai, de procéder aux mesures de surveillance par drone, du respect, à Paris, des règles de sécurité sanitaire applicables à la période de déconfinement ». Le Conseil d'État a estimé que, du fait de la possibilité de zoomer et d'identifier des personnes physiques, les dispositifs utilisés par la préfecture de police de Paris étaient soumis aux règles protégeant les données personnelles. Il a jugé que ces drones étaient utilisés en dehors du cadre prévu par la loi « Informatique et Libertés » et portaient une atteinte « grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie privée » (Conseil d'État, Juge des référés, 18/05/2020, 440442, Inédit au recueil Lebon (<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000041897158/>).

l'objet d'un vaste débat démocratique certes éclairé par les experts mais pas uniquement par eux. Il y va de la survie de nos états de droit et de nos démocraties. Sur ce point, nous rejoignons l'invitation du Parlement européen, lorsqu'il « invite les États membres :

– à envisager de sortir de l'état d'urgence ou de limiter son incidence sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux,

– à évaluer les règles constitutionnelles et institutionnelles en vigueur dans leurs systèmes internes à la lumière des recommandations de la Commission de Venise, par exemple en passant d'un état d'urgence de fait fondé sur la législation ordinaire à un état d'urgence constitutionnel de droit, offrant de meilleures garanties pour la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux en cas de situation d'urgence

– à prendre en considération l'avis de la Commission de Venise, qui estime que les parlements doivent tenir leurs sessions plénières et qu'ils ne devraient pas autoriser le remplacement temporaire de députés ni réduire leur présence (même de manière proportionnelle). »

– à veiller que la déclaration et la prorogation éventuelle de l'état d'urgence, d'une part, et l'activation et l'application des pouvoirs d'urgence, d'autre part, soient soumises à un réel contrôle parlementaire et judiciaire, aussi bien interne qu'externe, et à garantir que les parlements ont le droit de mettre fin à l'état d'urgence ;

– à veiller à ce que, si des pouvoirs législatifs sont transférés à l'exécutif, tout acte juridique émanant de l'exécutif soit soumis à l'approbation ultérieure du parlement et cesse de produire ses effets s'il n'est pas approuvé dans un délai défini, à remédier au recours excessif à la législation accélérée et à la législation d'urgence,

– à examiner la manière de garantir plus efficacement le rôle central des parlements dans les situations de crise et d'urgence, en particulier leur rôle de suivi et de contrôle de la situation au niveau national,

– à prendre en considération l'avis de la Commission de Venise, qui estime que les parlements doivent tenir leurs sessions plénières et qu'ils ne devraient pas autoriser le remplacement temporaire de députés ni réduire leur présence (même de manière proportionnelle). »

La crise a également permis d'accélérer le développement du numérique dans notre quotidien. « Les pratiques numériques en période de confinement ont conduit à un glissement des frontières entre nos différentes sphères sociales (vie domestique, vie privée, vie professionnelle). Les pratiques liées au télétravail ont par exemple fait

entrer le domicile des individus dans leur sphère professionnelle. Cette recomposition des frontières sociales a donné lieu à un certain nombre de troubles et a pu faire l'objet de conflits ou de négociations, entre les individus et les organisations, qui conduisent à questionner les valeurs accordées à la vie privée. Les individus ont mis en place des stratégies et développé des compétences pour gérer les frontières entre leurs sphères sociales, du refus de l'usage de la webcam à la mise en scène d'un arrière-plan. L'intensification des pratiques numériques laisse à penser que le confinement a pu être un moment de conversion numérique, entendu comme une période qui conduit à interroger la place du numérique dans nos vies. »¹²⁷. Cette accélération de la place du numérique n'a pas manqué de cristalliser les tensions entre les droits fondamentaux lors de l'immixtion des gouvernements dans nos vies privées par le truchement des applications de *tracing*. Dans ce contexte, le numérique est-il la panacée¹²⁸ assurant une sortie de crise, ou à tout le moins un confinement, pérenne ? Rien n'est moins certain. Notre propos n'est certes pas de condamner l'utilisation des technologies ni de la privilégier mais de réclamer que nos autorités opèrent un juste équilibre entre les libertés individuelles d'une part, et l'intérêt général et d'autrui, d'autre part. Sans doute, serait-il utile que les gouvernements, à l'issue d'un débat ouvert, opèrent une balance à l'aune des circonstances actuelles et des risques particuliers et majeurs liés, d'une part, à la pandémie et, d'autre part, aux mesures diverses tant de nature que de portée, qu'elles soient purement sanitaires, sociales ou utilisent les ressources du numérique¹²⁹.

Comme l'écrit le Comité consultatif national d'éthique consulté par le gouvernement français¹³⁰ : « L'un des enjeux éthiques majeurs dans cette

¹²⁷ CNIL, « Thématique : Coronavirus (COVID-19) » ; à l'adresse suivante : <https://www.cnil.fr/fr/coronavirus-COVID-19>. Dans ce point d'étape, le 21 janvier 2021, disponible à l'adresse : <https://www.cnil.fr/fr/point-detape-sur-les-activites-de-la-cnil-dans-le-contexte-du-COVID-19>

¹²⁸ À cet égard, l'expérience passée de la lutte contre l'Ébola, une pandémie africaine, a bien montré que les outils numériques mis en place non seulement ont eu peu de succès mais surtout ont contribué à limiter les libertés individuelles dans des États à tendance autoritaire. Sur ce point, voir l'article de S. McDonald, « Ebola : A Big Data Disaster - Privacy, Property, and the Law of Disaster Experimentation », *CIS Papers*, 2016.01, mars 2016, accessible à l'adresse : <http://cis-india.org/papers/ebola-a-big-data-disaster>.

¹²⁹ Conseil de l'Europe, Joint statement on the right to data protection in the context of the COVID-19 pandemic, 30 mars 2020, <http://www.coe.int/dataprotection> ; consulté en dernier lieu le 20 octobre 2020.

¹³⁰ Contribution du Comité consultatif national d'éthique, *Enjeux éthiques face à une pandémie*, 13 mars 2020, op.cit.

situation, avec le passage à la dimension épidémique et collective, est d'engager la société tout entière dans une véritable démarche de responsabilité et de solidarité, parce que la lutte contre une épidémie doit être l'affaire de tous et pas seulement l'affaire des experts et des professionnels de santé ». La maladie nous embarque tous dans une aventure commune, et nous contraint aujourd'hui à sortir de notre zone de confort et à questionner le monde, questionner nos pratiques, questionner le droit. Le droit, en particulier les droits de l'homme et les modalités de leurs limitations et dérogations, sont justement là pour nous rappeler certaines préoccupations éthiques et les rappeler à nos dirigeants. Comme le notait le 14 mai, Mme Delmas-Marty dans un texte publié par l'Académie française¹³¹, « Dans un monde globalisé, qui supposerait une vision de l'humanité élargie à notre communauté de destin, la vie en société devrait rester plus que jamais fondée sur la confiance et non sur la défiance, cette dé-sociabilisation volontaire où l'autre est vu comme une menace et non comme un partenaire. »

L'épreuve de la pandémie encourage à repenser tout ce qui jusqu'à présent semblait acquis. La crise de la COVID-19 a constitué et continue d'être un test de résistance pour les démocraties et la résilience des dispositifs nationaux de sauvegarde de l'état de droit et des droits fondamentaux.

¹³¹ M. Delmas-Marty, « *StopCOVID : une application démocratiquement fragile* », texte accessible à l'adresse : <https://academiesciencesmoralesetpolitiques.fr/2020/05/14/mireille-delmas-marty-stopCOVID-une-application-democratiquement-fragile/>.