

NOTE DU CREOGN

Centre de Recherche de l'École des Officiers de la Gendarmerie Nationale

Numéro 49 - Avril 2020

Colonel Dominique SCHOENHER



LES LIBERTÉS, VICTIMES COLLATÉRALES DU COVID-19 ?

La virulence de la pandémie Covid-19 est venue bousculer en quelques jours les valeurs des démocraties occidentales. Chaque terme de notre devise nationale est mis à l'épreuve des faits. S'agissant de l'égalité, si l'infection se répand indistinctement, elle est bien plus dangereuse pour les seniors qui auront à subir un confinement plus long. Les contraintes de confinement pèsent plus sur les mal-logés. De même, si les cadres peuvent exercer aisément en télétravail, les employés assurant la continuité des services essentiels doivent s'exposer à leurs postes. Ces derniers, tout comme l'abnégation totale des personnels soignants, témoignent du sens de la fraternité alors que le virus a fait de l'autre une source de danger. Pourtant, combien d'autres comportements individualistes en sont la négation. Au-delà des délinquants et fraudeurs habituels prompts à saisir les opportunités, citons pêle-mêle les stocks constitués par certains ou la spéculation d'autres obligeant l'État à réguler les prix et les quantités de vente, le maintien de revendications corporatistes ou des polémiques politiciennes, les rebelles au confinement et autres promeneurs de lapins. Avec la fermeture des frontières et la préemption des produits de première nécessité, même la solidarité du beau projet européen s'est effacée devant les réflexes souverains avant de se ressaisir pour la sauvegarde de l'économie. Les libertés, pas mieux loties, ont été placées sous l'éteignoir de l'urgence sanitaire avec l'assentiment populaire, y compris dans les plus vieilles démocraties.

S'en émouvoir dans un contexte de crise vitale serait nier notre animalité. Notre instinct de survie nous dicte de satisfaire nos besoins primaires physiologiques et de rechercher la sécurité avant toute autre considération, comme l'a théorisé Maslow¹ il y a près de 80 ans. L'épidémie et la peur qu'elle engendre révèlent les tempéraments comme l'a décrit Giono dans *Le Hussard sur le toit*.

Le véritable enjeu est de savoir si toutes les mesures portant atteintes aux libertés sont légitimes et proportionnées au regard de la finalité sanitaire, en mettant en balance la sécurité collective et les libertés individuelles. Corrélativement, il faut prendre garde à ce que ces mesures, au titre du principe de précaution et de l'« effet cliquet »², n'aient pas de conséquences persistantes au-delà du temps nécessaire à la gestion de la crise.

Nous porterons, dans un premier temps, notre attention sur la nécessité d'une loi d'urgence sanitaire avant d'évoquer le contrôle des mesures d'application et d'explorer les effets d'un recours accru aux technologies de traçage.

1 Abraham Maslow, psychologue américain, organise, sous forme de pyramide, les besoins humains en 5 catégories à satisfaire successivement. Le socle est formé par les besoins physiologiques (boire, manger, dormir, se soigner) puis vient le besoin de sécurité avant ceux d'appartenance, d'estime ou d'accomplissement.

2 L'histoire juridique montre que l'arsenal coercitif et les lois d'exceptions sont rarement revus à la baisse.

I) La nécessité d'une loi d'urgence

En remarque liminaire, il importe de constater qu'à l'échelle mondiale, quel que soit le régime politique en place, les États n'ont eu d'autre choix que de restreindre des libertés fondamentales pour améliorer la sécurité sanitaire. Partout, ces mesures, prises sous le signe de l'urgence au nom du droit à la vie, ont bénéficié d'un large soutien populaire. Certains dirigeants ont été accusés de laxisme pour avoir tardé à les prendre quand d'autres en ont abusé pour confiner leur opposition.

Au déclenchement de l'épidémie en France, l'exécutif a d'abord tenté de faire appel, comme en Suède, à la responsabilité individuelle pour respecter la distanciation physique, se limitant à fermer les lieux de rassemblement. L'échec patent l'obligea à décréter le confinement en se fondant sur l'article L. 3131-1 du Code de la santé publique (CSP)³, considérant sans doute que les usages récents de l'état d'urgence⁴ étaient trop connotés lutte contre le terrorisme et les troubles graves à l'ordre public. Alors, pourquoi voter dans l'empressement une loi d'urgence sanitaire créant un nouveau régime d'exception ?

L'autorité du ministre de la santé n'est visiblement pas apparue suffisante pour édicter des mesures aussi contraignantes puisque c'est le Premier ministre qui a pris le décret de restriction des déplacements⁵. Le Conseil d'État a validé la chose au titre de la « théorie des circonstances exceptionnelles » mais la sécurité juridique pour les mesures à venir n'était pas assurée.

La décision d'inscrire un état d'urgence sanitaire dans le CSP s'est alors imposée pour compléter le dispositif de la loi de 2007 et faire remonter le niveau décisionnel au Premier ministre. Sa mise en œuvre s'inspire clairement du dispositif de l'état d'urgence (loi de 1955) et sera motivée « en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population » (Art. L. 3131-12). La terminologie « catastrophe sanitaire » rehausse clairement le niveau par rapport à « menace grave » et permet de couvrir d'autres risques que les pandémies ; on pense notamment aux risques nucléaires, radiologiques, biologiques et chimiques. Le Parlement en est informé sans délai. Déclaré par décret en Conseil des ministres pour un mois, il ne peut être prorogé que par la loi après avis d'un comité scientifique.

II) Le respect de l'État de droit

Les principales craintes exprimées par les opposants concernent le risque de banalisation des régimes d'exception et le manque d'effectivité du contrôle des mesures prises sous l'empire de l'urgence. Sur le premier point, la prolifération des états d'urgence, dont les qualificatifs pourraient se multiplier à l'envi, mérite une attention particulière à l'« effet cliquet ». La loi SILT⁶ leur donne un argument récent. Elle a intégré temporairement dans le droit commun des mesures de l'état d'urgence mais les rapports parlementaires sont en faveur de leur prorogation au-delà de 2020.

Sur le second point, les décisions du Conseil constitutionnel⁷ et du Conseil d'État défavorables aux recours contre les mesures découlant de l'état d'urgence sanitaire confortent les opposants dans leur analyse partielle que ces instances sont dans l'incapacité de protéger les libertés et droits fondamentaux.

Le fonctionnement de la Justice, constitutionnellement garante des libertés, est particulièrement scruté. Ainsi, les critiques majeures se focalisent sur l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale. Les mesures prescrites visent à respecter le principe de distanciation pour limiter la propagation du virus ainsi qu'à anticiper les difficultés et retards dus au fonctionnement des juridictions à

3 L'article L. 3131-1 a été instauré par la loi n° 2007-294 du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur, votée à la suite de la grippe aviaire. Il énonce qu' « en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu. »

4 Dans la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, l'épidémie n'est pas explicitement mentionnée mais présente bien le caractère de calamité publique évoqué.

5 Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19.

6 Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Cette loi a inscrit dans le droit commun plusieurs mesures coercitives de l'état d'urgence et permis de sortir de ce régime d'exception après six prorogations continues pour une durée totale de deux ans.

7 Par sa décision 2020-799 DC du 26 mars 2020, le Conseil constitutionnel a adopté une posture inédite en validant une dérogation à la Constitution (non-respect des délais d'examen d'une loi organique), faisant sienne la théorie des circonstances exceptionnelles.

effectif réduit et au report des actes d'enquêtes effectués par les forces de l'ordre. Leur durée d'application est limitée à celle de l'état d'urgence sanitaire augmentée d'un mois mais les contempteurs de cette ordonnance craignent que cette période indéterminée ne serve de laboratoire d'accoutumance et de validation de propositions combattues de longue date⁸. Ils rejettent notamment l'extension du recours aux visioconférences et télécommunications au détriment du présentiel, alors même que l'ensemble des activités du pays s'est orienté vers le télétravail, chaque fois que cela était possible, pour limiter déplacements et contacts. L'opposition à la faculté de passage de la collégialité au juge unique en matière correctionnelle est moins virulente, d'autant qu'elle est conditionnée à un décret de la Chancellerie constatant l'incapacité de la juridiction à fonctionner. L'autre point de crispation concerne la prolongation, sans intervention du juge, de deux à trois mois en matière délictuelle et de 6 mois pour les faits criminels des durées de validité des décisions de placement en détention provisoire en cours. Ces mesures relèvent du juge des libertés et de la détention et se fondent sur la gravité des faits reprochés et sur la personnalité de l'auteur présumé. Elles constituent une mesure de protection de la société, des victimes et du bon déroulement de l'enquête. Serait-il acceptable qu'il soit remis en liberté parce que les délais ordinaires n'auraient pu être tenus⁹ dans les circonstances actuelles ? Le Conseil d'État a jugé que non¹⁰ dans une décision sans débat déjà fort critiquée que pourrait venir contredire la Cour de cassation. Tout à leur noble devoir de vigilance quant aux atteintes aux libertés, les opposants, pour éviter ces revers, doivent davantage s'attacher au fond qu'à la forme. Au regard de l'urgence, seules comptent la légitimité et la proportionnalité des mesures. Outre le soutien populaire qui, en démocratie, est la source de la légitimité, les mesures prises par l'exécutif par autorisation du Parlement sont bornées dans le temps et restent soumises au contrôle des juridictions suprêmes. C'est au Parlement que reviendra la décision de proroger dans quelques semaines l'état d'urgence sanitaire et d'évaluer *a posteriori* les mesures prises pour la gestion de la crise. L'État de droit est maintenu, y compris dans le contrôle des surenchères coercitives locales injustifiées¹¹.

III) Un laboratoire pour des technologies numériques intrusives

La prévalence de l'État de droit apparaît donc assurée, mais une autre menace est invoquée : l'instauration d'une surveillance électronique totalitaire. Dans les semaines à venir, les pressions économiques et sociales pour alléger le confinement vont grandir en s'appuyant sur l'amélioration de la situation sanitaire nationale et les levées de confinement observées à l'étranger, notamment chez nos voisins européens. Toutefois, l'ensemble des experts convient que les risques de rechute sont importants et prescrit une vigilance extrême jusqu'à ce que la population ait atteint un seuil d'immunisation¹² ou qu'il existe un traitement efficace administrable. Aux côtés du maintien des gestes barrières, de l'adaptation des activités à la distanciation, de l'augmentation des capacités de réanimation et des tests de dépistage à grande échelle, les technologies numériques de *tracking*, promues par les opérateurs de téléphonie, figurent en bonne place dans la palette des outils disponibles pour éviter les confinements à répétition.

Psychologues, sociologues, économistes mettent en garde contre les effets secondaires d'un confinement à long terme, dans leurs domaines d'expertise respectifs. Chaque État réfléchit donc à sa stratégie de déconfinement et tous considèrent les apports potentiels et les limites des technologies numériques. La question est complexe car, selon les trois finalités attendues¹³, les technologies employées seront peu ou prou attentatoires à la vie privée. La première finalité, « observer les pratiques collectives (pas individuelles) de mobilité et de confinement », s'appuie sur les données agrégées et anonymisées des opérateurs de téléphonie. SFR et Orange ont déjà fourni des lots de données non réidentifiables à des organismes de recherche. Le but est d'analyser les flux de populations (téléphones changeant d'antennes-relais) pour évaluer l'application du confinement, ses effets sur

8 En 2017, suite à la colère des policiers, un chantier de réflexions avait été lancé sur l'amélioration et la simplification de la procédure pénale. URL: http://www.justice.gouv.fr/publication/chantiers_justice/Chantiers_justice_Livret_02.pdf

9 Le maintien en détention provisoire doit être revu tous les 4 mois pour les délits et 6 mois pour les crimes. Des dysfonctionnements amènent parfois à ces situations qui ne manquent pas de créer d'intenses polémiques.

10 URL : https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/04/ce_439877-887-890-898.pdf

11 Ordonnance n° 440057 du juge des référés du Conseil d'État du 17 avril 2020.

12 Début avril 2020, les épidémiologistes estimaient que seulement 3 % de la population française avait été confrontée au Covid-19 et était *a priori* immunisée. Sous réserve de l'évolution des connaissances sur la maladie, faute d'un vaccin disponible avant au mieux 2021 (dont un quart des Français se défierait selon un sondage IFOP réalisé fin mars), l'extinction de l'épidémie n'est possible que par l'immunisation grégaire, à savoir qu'une majorité de la population ait contracté la maladie (plus de 60 %, avec le risque mortel associé).

13 Identifiées dans la note parlementaire du député Mounir MAHJOUBI en date du 6 avril 2020.

la propagation du virus et dimensionner en conséquence les capacités d'accueil hospitalières. Ces recherches, conduites également au niveau européen, n'ont pas levé de controverse significative.

La deuxième finalité, « retracer sur deux semaines les personnes côtoyées par des malades », est celle du dispositif « StopCovid » en développement sous la pression de la date butoir du 11 mai. À droit constant, l'Union européenne comme la Commission nationale de l'informatique et des libertés rappellent qu'il devra strictement respecter le règlement général sur la protection des données. L'usage du *Bluetooth*, jugé moins intrusif que la géolocalisation par GPS ou les antennes-relais, est ainsi recommandé. Le consentement libre et éclairé de l'utilisateur étant obligatoire¹⁴, il ne devra subir aucune restriction de droits (se déplacer, travailler, accéder à un commerce) s'il refuse le dispositif.

Cette situation apporte plusieurs limites à son efficacité qui n'a pas encore été démontrée dans les pays où ce type d'application a été déployé¹⁵. Tout d'abord, il faut qu'une très large majorité des Français adhère à l'application, ce qui n'est pas acquis puisqu'un quart de la population ne dispose pas d'un téléphone compatible et que la polémique sur la surveillance de masse a installé une certaine défiance¹⁶. Ensuite, tout repose sur la responsabilité individuelle de l'utilisateur pour qu'il signale son état et ne fasse pas de faux signalements. Alors, toute personne ayant croisé sa route, selon des paramètres restant à définir¹⁷, en recevra la notification anxiogène. Le doute ne pourra être levé qu'après un test sérologique, pour le moment en nombre insuffisant et réservé aux cas symptomatiques. Par ailleurs, ce dispositif ne couvrirait que les risques de contaminations interhumaines, pas celles par les objets sur lesquels le virus peut rester actif plusieurs heures. Enfin, le risque « cyber », trop peu évoqué, est à souligner. Nonobstant les garanties données quant à la sécurisation du fonctionnement de l'application, elle nécessitera de maintenir le canal *Bluetooth* activé en permanence, ouvrant une faille de sécurité au piratage des téléphones¹⁸.

La dernière finalité, « contrôle du confinement des malades avérés ou suspectés », s'avère semblable à l'assignation à résidence sous surveillance électronique. La personne est géolocalisée en permanence et n'est pas autorisée à sortir d'un périmètre défini. Des vérifications sont faites aléatoirement pour s'assurer que l'équipement de localisation est bien sur la personne. Elle rejoint l'idée des hôtels ou centres de quarantaine pour isoler les malades sans qu'il ne soit besoin d'outils aussi intrusifs.

L'exécutif, d'abord hostile, reste très prudent sur l'usage de la « traque numérique » et multiplie les garanties. Il prend l'avis du Comité d'analyse, recherche, expertise (Care)¹⁹, composé d'éminents scientifiques dont un seul est expert en sciences des données. Le Conseil national du numérique sera également consulté et le Président Macron a souhaité un débat parlementaire, suivi finalement d'un vote, alors que l'application ne sera pas prête.

Pour conclure, la crise a fait revenir au premier plan un acteur trop vite jugé obsolète, l'État, vers qui tous les regards se tournent pour gérer la crise et en sortir le plus vite possible. Il faut à présent souhaiter le retour d'un sentiment oublié, la confiance, dans les intentions de cet État et les capacités de contrôle des nombreux institutions et organismes veillant sur nos libertés, tout en se préservant du mirage du « solutionnisme technologique ».

Le contenu de cette publication doit être considéré comme propre à son auteur et ne saurait engager la responsabilité du CREOGN.

- 14 Une collecte forcée n'est envisageable qu'en vertu d'une loi dédiée qui s'appuiera sur l'article 15 de la directive européenne ePrivacy (vie privée et communications électroniques), Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002.
- 15 Note du 11 avril 2020 du député Cédric VILLANI à l'attention de l'OPECST. URL : http://www2.assemblee-nationale.fr/content/download/306906/2966477/version/1/file/Comparaison_technologies_coronavirus_note_3_VE.pdf
- 16 Une application semblable, Trace Together, n'a été téléchargée que par 19 % des Singapouriens, imposant la mise en place d'un confinement. Fin mars 2020, un sondage publié dans la revue *Science* donnait 3/4 des Français possesseurs de smartphone prêts à installer ce type d'application, 63 % prônant une installation automatique désactivable.
- 17 Le Bluetooth peut détecter de quelques mètres jusqu'à 100 mètres, soit bien au-delà des préconisations de distanciation. Un mauvais paramétrage pourrait causer un engorgement des capacités de dépistage. L'application de Singapour validait un « contact Covid-19 » à partir de 30 minutes passées à moins d'un mètre d'un malade.
- 18 Appelé « *Bluesnarfing* », le pirate accède aux données contenues dans le téléphone (agenda, liste de contacts, emails et SMS). Il serait donc préférable d'envisager un support dédié à l'application ne contenant aucune donnée.
- 19 Installé le 24 mars 2020 pour éclairer les pouvoirs publics sur les approches innovantes de lutte contre la pandémie, notamment la stratégie numérique, il se compose essentiellement de membres du corps médical priorisant par essence le résultat sanitaire.