

---

*Le juge français face aux technologies numériques mobilisées  
en temps de Covid-19*

Paule CHAVIDAL et Léa MORTELETTE

2023-5, pp. 85-107

---

*Pour citer cet article :*

Paule CHAVIDAL et Léa MORTELETTE, « Le juge français face aux technologies numériques mobilisées en temps de Covid-19 », *Jurisdoctoria* 2023-5 [en ligne], *Les Cahiers d'e-Délib* 2022, pp. 85-107

*Pour consulter cet article en ligne :*

<https://www.jurisdoctoria.net/2023/07/le-juge-francais-face-aux-technologies-numeriques-mobilisees-en-temps-de-covid-19/>

## *Le juge français face aux technologies numériques mobilisées en temps de Covid-19*

---

PAULE CHAVIDAL

*Étudiante en Master 2 à l'Université de Lille*

LÉA MORTELETTE

*Doctorante contractuelle à l'Université de Lille*

« **L**a crise de la Covid-19 place les pays développés dans une situation tout à fait inédite. Ce qui était impensable devient courant : l'encadrement – inimaginable auparavant dans des démocraties libérales modernes – des libertés individuelles est devenu commun et globalement accepté. C'est dans ce contexte que la question du recours aux nouvelles technologies est à nouveau analysée : celles-ci sont-elles un outil de surveillance ou de contrôle social ou un moyen efficace de juguler la pandémie ? »<sup>1</sup>. Effectivement, les outils numériques ont plus que jamais auparavant été mobilisés au cours de la pandémie de Covid-19, en ce qu'ils permettent (ou auraient permis, pour ceux ayant été censurés) la continuité de la vie sociale<sup>2</sup> et institutionnelle face aux restrictions sanitaires<sup>3</sup>. Outre la sphère institutionnelle, les outils numériques facilitent le lien social, la communication (avec le développement d'applications telles que Facebook Rooms, Teams, Zoom, etc.) et le travail (avec le télétravail), malgré la pandémie.

---

<sup>1</sup> G. MARISCO, Confiance, technologie et santé publique en période de Covid-19, *Regards*, 2020, n°58, p. 35-45.

<sup>2</sup> Paradoxalement, la mobilisation des outils numériques éloigne, dans une autre mesure, les individus les uns des autres. La société en sort donc connectée en surface, mais déconnectée en profondeur.

<sup>3</sup> Cela vaut pour les outils numériques qui ont été consacrés, certains ayant été récusés, à l'instar du vote électronique.

L'(in)utilisation des outils numériques a intensifié les débats sur l'efficacité de notre modèle démocratique, en réaction à la crise sanitaire et aux difficultés organisationnelles qu'elle a engendrées. A cet égard, les lacunes de la France en la matière lui ont valu de nombreuses critiques, en comparaison avec les autres pays.

- 2 Cette étude portant sur l'utilisation des outils numériques mis en place durant la période de pandémie, il convient de les identifier. Le terme de numérique a été introduit très tôt dans le vocabulaire courant. La définition donnée par les dictionnaires reste toutefois limitée et ne renvoie souvent qu'à l'aspect technique et étymologique associé au calcul, au nombre. Scientifiquement, le numérique fonctionne par une combinaison d'algorithmes basés sur un langage binaire. De plus, la grande majorité des dictionnaires définit avant tout le numérique qu'en tant qu'adjectif : « qui se rapporte aux nombres ; qui est représenté par un ou plusieurs nombres »<sup>4</sup>. Or, l'expansion de ce concept l'a progressivement érigé d'adjectif en nom commun, preuve de son utilisation exponentielle. Avant son appropriation moderne, on parlait tout d'abord d'« informatique » avec le développement de l'ordinateur. Le terme sera d'ailleurs repris par le législateur dans la loi du 6 janvier 1978<sup>5</sup>. Avec le développement d'outils informatiques, le concept migre vers l'électronique, en s'intéressant aux réseaux, à l'internet, à l'intranet. Cela se traduit en droit par le développement de nouvelles expressions telles que les « preuves électroniques », les « signatures électroniques », le « commerce électronique » dans les années 2000. Dans le même temps, il a été grandement question de « nouvelles technologies de l'information et de la communication » (NTIC), de « nouveaux médias », ou encore d'« environnements virtuels ». Cependant, ces concepts semblent aujourd'hui désuets, notamment car cette matière n'est plus si nouvelle et qu'elle se concrétise dans le monde réel. Ainsi, la définition du numérique prend comme base les différents concepts précédemment énumérés. Il s'agit de bien plus que d'une science des nombres, d'un moyen de communication ou d'information. Son omniprésence dans la vie quotidienne de tous fonde un nouveau concept, celui d'une culture ou d'une société du numérique. Les outils numériques se retrouvent dans le monde économique, dans celui de l'organisation du travail, dans les relations sociales, dans la culture, il permet d'acheter, d'échanger, de jouer, de surveiller<sup>6</sup>... Ces caractéristiques structurent les outils numériques étudiés et permettent d'identifier les acteurs incontournables en la matière : les « fournisseurs d'accès », les « moteurs de recherche », les différentes « plateformes de services », les « centres de stockages de données » etc.<sup>7</sup>. Les différents objets et services passant par ces acteurs et infrastructures font partie intégrante du monde numérique. Ce dernier recouvre en somme une immensité d'objets et d'outils mobilisés au service de différentes causes mais aux caractéristiques intrinsèques similaires.
- 3 La notion de numérique peut également être abordée plus concrètement en l'assimilant à internet « qui favorisent le dialogue et les échanges, grâce à des connexions libres, instantanées, interactives et transnationales, et contribuent à la dilution des frontières, au rapprochement des sociétés humaines, à la construction de nouveaux espaces de construction et d'expression des opinions publiques »<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Dictionnaire de l'académie française, [en ligne], sens 1<sup>er</sup>, adj.

<sup>5</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>6</sup> V. en ce sens M. VITALI-ROSATI, M. E. SINATRA, *Pratiques de l'édition numérique*, Presses de l'Université de Montréal (Parcours numérique), 2014, Chap. 4, p. 63-75.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> J. BONNET, P. TÜRK, « Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel », *Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, 2017, n°57, p. 13-24.

- 4 Si le numérique s'est avéré indispensable dans la traversée de la pandémie, il ne s'est pas pour autant défait des risques qui l'accompagnent, relatifs notamment à la protection des droits et libertés fondamentaux tels que le respect de la vie privée, le droit à la protection des données personnelles ou encore la liberté d'aller et venir, etc. Ils renforcent certes la capacité des citoyens à accéder à certains droits comme la liberté d'expression ou la liberté d'entreprendre, mais ils en fragilisent d'autres. Or la protection de ces droits menacés est essentielle dans un État de droit.
- 5 Ce concept a fait l'objet d'abondantes études<sup>9</sup> qui ne seront pas retranscrites ici. On l'entendra formellement comme une limitation du pouvoir de l'État par le droit. Ainsi, par le droit qu'il produit, l'État va se soumettre à la Constitution<sup>10</sup>, de sorte que « sa volonté n'est juridiquement valide que pour autant qu'elle respecte le cadre fixé par lui-même »<sup>11</sup>. L'État de droit substantiel renvoie quant à lui à l'exigence de garantir les Droits de l'Homme, parmi lesquels figurent des droits civils, politiques, sociaux, culturels...
- 6 La protection des libertés fondamentales est également un corolaire de l'État de droit démocratique. La démocratie constitue la caractéristique<sup>12</sup> et le principe<sup>13</sup> de notre République, à savoir « le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple »<sup>14</sup>. En conséquence, et comme le confirme l'article 3 de la Constitution, « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum »<sup>15</sup>. Ainsi, un régime démocratique « permet la fusion de l'égalité et de la liberté par la vertu de la fusion des volontés dans une volonté générale qui déciderait de la loi commune ». Comme le souligne Danièle Lochak, « la démocratie, en tant qu'elle implique la participation de tous les citoyens au pouvoir, est par elle-même l'expression d'une forme de liberté : la liberté politique »<sup>16</sup>. Cependant, la démocratie n'implique pas seulement la protection des droits politiques. Dans un modèle de démocratie libérale, elle revêt non seulement l'établissement d'un contrôle de légalité de ses actes, mais également la garantie des libertés publiques.

---

<sup>9</sup> V. par exemple E. CARPANO, *Etat de droit et droits européens - L'évolution du modèle de l'Etat de droit dans le cadre de l'europanisation des systèmes juridiques*, L'Harmattan, 1 avril 2005 ; H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État, La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, L.G.D.J, (La pensée juridique), 1 janvier 1997 ; L. HEUSCHLING, « Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55 n°4, Octobre-décembre 2003, pp. 1002-1005 ; O. JOUANIAN, « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, n° 22, 2019 ; O. PFERSMANN, « Droit et Justice », *Revue de Métaphysique et de Morale*, no. 1, 2002, pp. 27-41.

<sup>10</sup> D. ROUSSEAU, « De quoi l'État de droit est-il le nom ? », *RUE*, 2022, p. 227.

<sup>11</sup> G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Häring, 3<sup>e</sup> édition, 1914.

<sup>12</sup> Art. 1 de la Constitution.

<sup>13</sup> Art. 2 al. 5 de la Constitution.

<sup>14</sup> Il s'agit de la reprise du célèbre aphorisme d'A. LINCOLN issu du *discours de Gettysburg* du 19 novembre 1863.

<sup>15</sup> En d'autres termes, le titulaire de la souveraineté est le peuple, mais cela s'inscrit dans le cadre de la nation. Selon P. FOILLARD, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 20<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant (Paradigme), 2014, p. 48 - il s'agit d'un consensus opéré entre la théorie de la souveraineté populaire et celle de la souveraineté nationale, dont le clivage a toutefois perdu en pertinence.

<sup>16</sup> D. LOCHAK, *Les droits de l'homme*, La découverte, 2009, p. 73.

- 7 Parmi les acteurs qui concourent au respect de « l'État de droit démocratique »<sup>17</sup>, intervient notamment le juge, l'acteur clé de cette étude. Plus encore, la place qu'il occupe est centrale dans un État de droit<sup>18</sup>, *a fortiori* en période d'état d'urgence. Par ses mots « l'État de droit a surtout résisté lorsque le juge a pu continuer à exercer son contrôle et à en maintenir le cadre »<sup>19</sup>, l'avocat aux conseils Didier Le Prado insiste sur son caractère d'autant plus crucial en période de crise.
- 8 Pour faire face à l'épidémie de Covid-19, un nouvel état d'urgence a été consacré : il s'agit de l'état d'urgence sanitaire<sup>20</sup>. Celui-ci est venu s'ajouter aux régimes d'exception que sont l'état de siège<sup>21</sup>, les pleins pouvoirs<sup>22</sup> et l'état d'urgence prévu par la loi du 3 avril 1955<sup>23</sup>. L'état d'urgence sanitaire a été instauré pour deux mois par la loi du 23 mars 2020, pour être prolongé jusqu'au 10 juillet 2020 inclus. La loi du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire<sup>24</sup> a ensuite mis en place un régime transitoire autorisant le Gouvernement à prendre des mesures exceptionnelles jusqu'au 31 octobre 2020. À compter du 17 octobre 2020, l'état d'urgence sanitaire a de nouveau été déclaré sur l'ensemble du territoire national, puis prolongé une première fois jusqu'au 16 février 2021<sup>25</sup>, pour être prolongé une seconde fois jusqu'au 1<sup>er</sup> juin 2021<sup>26</sup>. Enfin, le régime de sortie de l'état d'urgence a été prévu par la loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire<sup>27</sup>, applicable jusqu'au 31 juillet 2022 et prévoyant notamment la possibilité de recourir au passe sanitaire et plus largement la possibilité pour le Gouvernement de prendre certaines mesures limitant les déplacements ou les accès à certains établissements. Une nouvelle mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire n'est pas à exclure selon l'évolution de l'épidémie sur le territoire.
- 9 À cet égard, Dominique Rousseau soutient que l'instauration d'un état d'urgence suspend l'État de droit en ce que « les principes constitutionnels qui le fondent et le distinguent et les mécanismes et

---

<sup>17</sup> J. HABERMAS, « Le paradoxe de l'État de droit démocratique », *Les temps modernes*, n°601, 2000.

<sup>18</sup> T. SHULGA-MORSKAYA, « Le numérique saisi par le juge, l'exemple du Conseil constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 57 (dossier : *droit constitutionnel à l'épreuve du numérique*), octobre 2017.

<sup>19</sup> D. LE PRADO, intervention lors de la conférence « L'État de droit et la crise sanitaire », Université Paris Panthéon-Assas, 17 juin 2021.

<sup>20</sup> Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

<sup>21</sup> L'article 36 de la Constitution française du 4 octobre 1958 prévoit la possibilité de transférer les pouvoirs de police de l'autorité civile aux autorités militaires, leur extension et la création de juridictions militaires. Il peut être mis en place sur une partie du territoire en cas de péril imminent causé par une guerre ou une insurrection armée.

<sup>22</sup> L'article 16 de la Constitution française du 4 octobre 1958 prévoit la possibilité d'octroyer les pleins pouvoirs au chef de l'État, en cas de grave menace sur les institutions interrompant le fonctionnement régulier des pouvoirs publics.

<sup>23</sup> Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence ; qui permet au Gouvernement, légataire du pouvoir exécutif, d'élargir ses prérogatives et d'assouplir ses modes d'action.

<sup>24</sup> Loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

<sup>25</sup> Loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire.

<sup>26</sup> Loi n° 2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire.

<sup>27</sup> Loi n° 2021-1465 du 10 novembre 2021 portant diverses dispositions de vigilance sanitaire.

exigences du contrôle juridictionnel sont mis à l'écart »<sup>28</sup>. Cette affirmation peut être nuancée par le fait que l'état d'urgence est prévu par le droit et qu'il restreint certaines libertés individuelles pour en préserver d'autres, en l'occurrence le droit à la vie. Par ailleurs, bien que critiquable, le contrôle juridictionnel n'est pas absent sous un tel régime, en attestent les décisions étudiées. Toujours selon le Professeur Rousseau, si l'État de droit tente de maintenir un équilibre entre respect des droits fondamentaux et sauvegarde de l'ordre public, l'état d'urgence mène à un déséquilibre au profit de la sauvegarde de l'ordre public. Les mesures prises dans ce contexte sont « évidemment moins libérales, conduisent à une plus grande concentration du pouvoir et à des restrictions aux droits fondamentaux »<sup>29</sup>. Ce caractère attentatoire est illustré par les mesures de traçage consacrées par la loi de prorogation de l'état d'urgence<sup>30</sup>. Cette loi permet en effet le traitement de données destinées au « traçage » des personnes atteintes par le Covid-19 et de celles ayant été en contact avec ces dernières, portant de ce fait atteinte au secret médical. Or, il est plus probable que l'atteinte puisse être justifiée par l'obligation de protection de la santé en situation d'état d'urgence sanitaire. Plus grave encore, le Conseil constitutionnel a parfois manipulé la théorie des circonstances exceptionnelles<sup>31</sup> de façon très « audacieuse »<sup>32</sup>. En effet, dans sa décision du 26 mars 2020, les Sages ont rapidement conclu – en trois lignes expéditives – que « 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 »<sup>33</sup>.

- 10 Pour dégager une tendance jurisprudentielle, l'analyse se cantonne à la jurisprudence de la juridiction suprême administrative et de la juridiction constitutionnelle, eu égard à la portée de leurs décisions (notamment sur diverses échelles de normes) et à leur autorité sur les juridictions du fond. En effet, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État donnent le ton en ce qu'ils décident de la subsistance ou non des dispositions qui consacrent les outils numériques en cause et donc de l'(in)application de normes éventuellement mobilisées devant les juridictions inférieures. De plus, au moment des recherches réalisées dans le cadre de cette étude, la jurisprudence des autres juridictions sur le sujet était trop faible pour qu'une réelle tendance puisse en être dégagée. En outre, en matière de numérique, le Conseil constitutionnel a montré sa volonté de s'ouvrir à ces nouvelles technologies : « le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 10 juin 2009, sortait, pour les internautes, de l'ombre des grandes institutions de la République et il délivrait un message affirmant sa compréhension des

<sup>28</sup> D. ROUSSEAU, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Projet*, n°291, 2006, pp. 19-26.

<sup>29</sup> M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, PUF (Léviathan), 2011, p. 121.

<sup>30</sup> Loi du n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, 9 mai 2020.

<sup>31</sup> Théorie issue de la jurisprudence qui permet à l'administration, sous contrôle du juge, de ne pas respecter la légalité ordinaire lorsque les événements l'exigent et pour assurer la continuité des services publics. CE 28 févr. 1919, *Dames Dol et Laurent*, req. n° 61593, GAJA, 20<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 32 et CE 28 juin 1918, *Heyriès*, req. n° 63412, GAJA, 20<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 31.

<sup>32</sup> T. PIAZZON, « Chronique de droit privé (janvier 2020 à juin 2020) », *Titre VII*, 2020/2 (n° 5), pp. 126-150.

<sup>33</sup> CC, 26 mars 2022, n° 2020-799 DC, § 3.

enjeux de cette nouvelle ère »<sup>34</sup>. Il se veut initiateur d'un nouveau regard porté sur le numérique. Toutefois, face aux difficultés d'appréhension de ces outils, la question de la compétence des juges administratifs et constitutionnels à contrôler des dispositifs d'une si grande technicité se pose.

- 11 Les défis démocratiques *lato sensu*<sup>35</sup> liés à la transition numérique ont été accélérés par la crise du Covid-19 et le rôle du juge en tant que garant des libertés s'est avéré particulièrement important en cette situation d'état d'urgence sanitaire. En effet, avec l'état d'urgence, les risques d'atteintes aux droits et libertés fondamentaux tels que le droit au respect à la vie privée ou les droits de la défense se sont accrus. Ainsi, il conviendra d'analyser les tendances des décisions s'inscrivant dans cette thématique ; d'identifier si le juge a été un moteur ou un frein à l'égard de ces initiatives numériques mises en place afin d'assurer la continuité de la vie économique, sociale ou démocratique ; s'il a fait preuve de méfiance envers ces technologies nouvellement mobilisées par les autorités publiques ou s'il les a rendues possibles ; mais aussi, la façon dont il a articulé les droits en présence ou les variations de son contrôle de proportionnalité<sup>36</sup>.
- 12 Si le juge a timidement adapté son contrôle sur la forme (I), il n'en ressort pas sur le fond une réelle défiance à l'égard du numérique, bien au contraire (II).

## I. LA VARIATION DIFFÉRENCIÉE DU CONTRÔLE DU JUGE

- 13 Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État sur les technologies susmentionnées est un contrôle dit de proportionnalité, devant théoriquement s'endurcir proportionnellement à l'importance des droits en jeu<sup>37</sup>. L'étendue de l'adaptation du contrôle diffère toutefois selon qu'il s'agisse du juge administratif ou du juge constitutionnel. Si le contrôle n'a pas évolué pour le Conseil constitutionnel (A), le Conseil d'État a quant à lui consacré de nouveaux critères (B).

---

<sup>34</sup> I. FALQUE-PIERROTIN, « La Constitution et l'Internet », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36 (dossier : la liberté d'expression et de communication), juin 2012.

<sup>35</sup> Les défis démocratiques *lato sensu* recouvrent la garantie des droits, conformément à son incorporation au concept démocratique, tel qu'il est entendu en introduction.

<sup>36</sup> Le contrôle de proportionnalité découle originellement de l'interprétation des articles 19 et 20 de la Loi fondamentale allemande de 1949 garantissant la protection des droits fondamentaux et la défense de l'État de droit selon laquelle la puissance publique ne peut porter atteinte aux libertés des citoyens que « dans la mesure indispensable à la protection des intérêts publics ». Le juge intervient alors afin d'opérer une mise en balance entre les droits fondamentaux et les objectifs d'intérêt général poursuivis par les autorités étatiques. Son contrôle doit établir si la mesure restrictive des droits et des libertés est à la fois appropriée ou adaptée, nécessaire et proportionnée.

<sup>37</sup> V. en ce sens V. GOESEL LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* (n° 22 : Le réalisme en droit constitutionnel), juin 2007.

### A. Le Conseil constitutionnel, ou la jurisprudence constante

- 14 Les crises constituent un grand danger pour la protection des droits et libertés garantis par la Constitution<sup>38</sup>, que les restrictions alors imposées soient fondées sur la théorie des circonstances exceptionnelles ou sur la proclamation d'un état d'exception, ce dernier restreignant la garantie de certains droits pour en préserver d'autres. Il revient alors au juge de s'ériger en réel contre-pouvoir en exerçant son contrôle afin d'évaluer si la gravité des atteintes portées aux libertés fondamentales n'est pas disproportionnée, malgré le contexte de crise.
- 15 Le Conseil constitutionnel s'est ainsi imposé comme tel, notamment au travers de ses décisions interagissant avec les outils numériques mobilisés durant la période de pandémie et en particulier avec les données personnelles de santé. A ce sujet, le Conseil a en effet précisé que les atteintes portées à la vie privée ne sont possibles que si elles sont justifiées par un motif d'intérêt général, ainsi que nécessaires et proportionnées à la réalisation de l'objectif poursuivi, la protection de la santé en l'occurrence. Il a cependant insisté sur le caractère particulièrement sensible des données de santé, pour lesquelles « une particulière vigilance doit être observée dans la conduite de ces opérations et la détermination de leurs modalités »<sup>39</sup>. En l'espèce, le Conseil constitutionnel était saisi de l'inconstitutionnalité de l'article 11 de la *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions du 11 mai 2020* qui permettait la diffusion de données à caractère personnel relatives à la santé des personnes atteintes par le Covid-19 et des personnes en contact avec elles dans le cadre d'un système d'information *ad hoc* sans le consentement des intéressés<sup>40</sup>. Dans sa décision, le Conseil a bel et bien constaté l'atteinte au droit au respect de la vie privée car la collecte, le traitement et le partage de ces informations portaient sur des données médicales mais également sur des éléments d'identification des personnes concernées. Cependant, il n'a pas censuré la mesure au motif que les dispositions visaient à renforcer les moyens de lutte contre l'épidémie de Covid-19 et poursuivaient ainsi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.
- 16 Si cette décision du Conseil constitutionnel qui permet l'atteinte au droit au respect de la vie privée par la collecte, le traitement et le partage de données personnelles à caractère médical semble être une exception justifiée par la crise sanitaire, l'étude de la jurisprudence en la matière démontre le contraire. Bien avant la crise, le Conseil a en effet déjà jugé conforme à la Constitution un dispositif permettant le partage de données médicales à des fins précises de statistiques d'évaluation et d'analyse des activités de soin et de prévention sans le consentement des personnes concernées<sup>41</sup>. En l'espèce, les Sages de la rue de Montpensier ont fait valoir que la communication de ces données ne permettait pas l'identification des personnes et que cette communication étant subordonnée à l'autorisation de la CNIL, le respect de la vie privée était assuré. Plus récemment, mais toujours précédemment à la crise

<sup>38</sup> V. en ce sens F. SAINT-BONNET et Serge SLAMA, « Crise sanitaire, droit et libertés », *France Culture*, 27 juillet 2021.

<sup>39</sup> CC, 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

<sup>40</sup> Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

<sup>41</sup> CC, 23 juillet 1999, n° 99-416 DC, cons. 48 à 51.

sanitaire, le Conseil constitutionnel n'a pas jugé contraire à la Constitution l'accès par les organismes d'assurance maladie complémentaire privés aux données à caractère personnel issues de la facturation des soins, alors même qu'il n'y a pas à recueillir le consentement préalable des patients<sup>42</sup>. En l'espèce, il était reproché aux dispositions de l'article 16 de la loi de 2018 relative à la protection des données personnelles de porter atteinte à « la liberté pour le patient de choisir son médecin et la liberté du médecin de choisir la thérapie la plus adaptée au patient ». Cependant, le Conseil constitutionnel a jugé l'article conforme à la Constitution en ce que « les données de santé recueillies dans le cadre de ces traitements ne peuvent faire l'objet d'un traitement ultérieur incompatible avec la finalité d'origine du traitement, qui ne peut être, en vertu des dispositions contestées, que le service des prestations d'assurance maladie ». Ainsi, il semblerait qu'en matière de données de santé, le Conseil constitutionnel ne renforce pas particulièrement son contrôle de proportionnalité malgré la crise sanitaire, privilégiant de ce fait la protection de la santé. En effet, le Conseil opère, dans sa décision du 11 mai 2020, un paradoxe en raisonnant en « droit constitutionnel constant »<sup>43</sup>, c'est à dire de la même façon qu'il raisonne en période normale, cela alors qu'il reconnaît dans cette même décision l'état d'exception<sup>44</sup>. Cette position peut paraître d'autant plus étonnante que par une décision du 9 novembre 2021<sup>45</sup> le Conseil constitutionnel va juger contraire à la Constitution l'article 9 de la loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire (n° 2021-828 DC), qui permettait aux directeurs des établissements d'enseignement scolaire d'accéder à des informations médicales relatives aux élèves et de procéder à leur traitement. Il justifie cette censure par l'absence de consentement préalable des élèves, par le fait que la communication de ces données n'était assortie d'aucune garantie relative à la protection du secret médical et enfin que le législateur n'avait pas défini avec de suffisantes précisions les finalités poursuivies par ces dispositions. Le Conseil reconnaît néanmoins que, « en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu lutter contre l'épidémie de covid-19 par la mise en œuvre des protocoles sanitaires au sein des établissements d'enseignement scolaire. Il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé ». Ce qui faisait donc défaut n'était pas le traitement de données personnelles à caractère médical mais les imprécisions de la loi quant à son encadrement.

- 17 Le Conseil constitutionnel a également été saisi d'autres outils numériques, avant et pendant la pandémie, notamment en matière de visioconférence devant les juridictions pénales, le recours à cet outil numérique s'étant imposé pendant la crise en ce qu'il permet de « concilier les contraires : le débat contradictoire inhérent au droit au procès équitable d'une part, la distanciation sociale et la réorganisation des collectivités fermées comme les établissements pénitentiaires d'autre part »<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> CC, 12 juin 2018, n° 2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles*, § 56 et 57.

<sup>43</sup> A. BACHERT-PERETTI, X. MAGNON, T. RENOUX, A. VIDAL-NACQUET, A. PENA, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 124, 2020, p. 905 à 953.

<sup>44</sup> « La Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire » (§ 17).

<sup>45</sup> CC, 9 novembre 2021, n° 2021-828 DC, *Loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire*, § 30.

<sup>46</sup> L. ROUSVOAL, « Justice en situation. La visioconférence en procédure pénale à l'heure de la Covid-19 », *Les cahiers de la justice*, n° 1, 2021, p. 163.

- 18 Les Sages ont censuré le recours à cette technologie à plusieurs reprises. Ils l'ont censuré partiellement une première fois, dans un contexte autre que la crise sanitaire, dans leur décision sur la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, notamment en visant les dispositions de l'article 54 de la loi qui fixait les conditions de recours à des moyens de télécommunication audiovisuelle pour les personnes en détention provisoire<sup>47</sup>. Ils ont jugé l'article inconstitutionnel au motif qu'il portait une atteinte excessive aux droits de la défense en ce qu'il ne respectait pas la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant le magistrat ou la juridiction compétent(e). Le Conseil constitutionnel a certes admis que ce type de mesures pouvait répondre aux objectifs de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et de bon usage des deniers publics. Il s'agissait, en l'espèce, d'éviter les difficultés et les coûts occasionnés par l'extraction de la personne placée en détention provisoire<sup>48</sup>. Toutefois, cet outil technologique pouvait être utilisé et imposé à l'intéressé pour la prolongation de la détention provisoire, contre sa volonté, y compris lorsque ce recours n'était pas justifié par de graves risques de trouble à l'ordre public ou d'évasion. Dans un tel cas de figure, le recours à la visioconférence ne trouvait pas de justification renforcée par les risques d'atteinte à l'ordre public : « eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant le magistrat ou la juridiction compétent dans le cadre d'une procédure de détention provisoire et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce un tel recours à ces moyens de télécommunication », l'atteinte ainsi portée aux droits de la défense est excessive<sup>49</sup>.
- 19 Les Sages l'ont censuré une seconde fois, cette fois-ci pendant la pandémie, à l'occasion de la QPC du 15 janvier 2021<sup>50</sup> visant l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de procédure pénale dans le contexte de l'épidémie de Covid-19<sup>51</sup>. Dans cette décision, la disposition contestée permettait à la chambre de l'instruction de statuer par visioconférence sur la prolongation d'une détention provisoire, sans qu'il y ait possibilité pour le détenu de s'y opposer, ce qui pouvait le priver pendant plus d'une année de la possibilité de comparaître physiquement devant un juge. Le Conseil constitutionnel a en premier lieu jugé que le recours à de tels moyens était possible dans un trop grand nombre de cas, notamment en matière de détention provisoire (pour laquelle il a toujours censuré le recours à la visioconférence). En second lieu, il a jugé que les dispositions ne soumettaient le recours à la visioconférence à aucune condition légale et qu'il n'était soumis à aucun critère, laissant cette faculté arbitraire au juge. Le Conseil constitutionnel a donc censuré la disposition au motif qu'elle portait atteinte aux droits de la défense et que cette atteinte ne pouvait être justifiée par « le contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de Covid-19 durant leur période d'application ».

---

<sup>47</sup> CC, 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*.

<sup>48</sup> *Idem*, § 233.

<sup>49</sup> *Idem*, § 234.

<sup>50</sup> CC, 15 janvier 2021, n°2020-872 QPC.

<sup>51</sup> Ord. n° 2020-303 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

- 20 Pour autant, le Conseil constitutionnel n'a fait que mentionner le contexte sanitaire dans le cas présent<sup>52</sup>, cela afin de rappeler les difficultés rencontrées par la justice du fait de la crise sanitaire. Même s'il a reconnu ces difficultés, ces dernières ne suffisent pas à justifier des mesures dont la portée paraît trop générale, au regard de l'atteinte qui en résulte pour l'exercice des droits de la défense. Une fois encore, son contrôle ne diffère pas tellement du contrôle antérieur à la crise sanitaire<sup>53</sup>. En effet, la position du Conseil était de censurer systématiquement l'imposition de la visioconférence dans le cadre des audiences relatives à la détention provisoire.
- 21 Le Conseil constitutionnel a réitéré sa position dans une QPC du 4 juin 2021<sup>54</sup> qui contestait notamment les dispositions du paragraphe III de l'article L. 3211-12-2 du Code de la santé publique<sup>55</sup>, lesquelles permettaient « dans un grand nombre de cas », pour citer la décision, de recourir à la visioconférence devant les juridictions pénales sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties. Là encore, les dispositions ont été déclarées inconstitutionnelles, le texte ne soumettant l'exercice du juge à aucune condition légale et ne l'encadrant par aucun critère. Le Conseil constitutionnel a repris quasiment mot pour mot le dispositif de la QPC du 15 janvier 2021 précédemment citée. Dans ces deux décisions, le Conseil constitutionnel a donc davantage insisté sur l'importance de la garantie attachée à la présentation physique des individus devant les juridictions pénales que sur les inconvénients générés par la crise sanitaire.
- 22 Ainsi, dans les deux situations, que ce soit avant ou pendant la pandémie, le Conseil constitutionnel opère un contrôle de proportionnalité « entre l'exigence d'une administration efficace de la justice pénale, d'une part, et les droits de la défense, d'autre part »<sup>56</sup>. Le même constat peut donc être fait que celui pour la décision précédente sur la collecte de données même si l'outil numérique diffère, puisqu'en effet, le Conseil constitutionnel n'opère pas un contrôle différent de celui qu'il exerce en droit commun, le contexte sanitaire ne modifiant pas le rapport de proportionnalité habituel.
- 23 En conclusion, s'agissant des outils numériques sur lesquels il a été amené à statuer, le Conseil constitutionnel n'a pas opéré de changement dans son rapport de proportionnalité, censurant ou non leur utilisation de la même manière qu'avant la crise sanitaire. En effet, si le Conseil constitutionnel a reconnu l'existence de la crise sanitaire et les difficultés qui en découlent, sa position sur les atteintes portées sur les libertés fondamentales par l'utilisation du numérique n'a pas pour autant évolué. Cette position n'est guère étonnante dans la mesure où les juges de la rue de Montpensier apparaissent comme les garants de l'État de droit, par le contrôle qu'ils exercent en vertu de la séparation des pouvoirs<sup>57</sup>. Toutefois, un contrôle renforcé, plus strict que celui du Conseil d'État (qui a justifié des

---

<sup>52</sup> S. GOUDJIL, « Inconstitutionnalité de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales », *Dalloz actualité*, 2021.

<sup>53</sup> A. BOTTON, « Recours à la visioconférence dans le contexte d'état d'urgence », *RSC*, n°2, 2021, p. 479.

<sup>54</sup> CC, 4 juin 2021, n°2021-912/913/914 QPC.

<sup>55</sup> Art. L.3211-12-2 du Code de la santé publique.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> H. CHRISTODOULOU, « L'État de droit déstabilisé par l'état d'urgence sanitaire : menaces et encadrements », *OJP*, 2020.

atteintes en mobilisant nouvellement la situation sanitaire), était bienvenu compte tenu de la restriction des droits fondamentaux depuis le début de la crise. Ce dernier, également saisi de ces outils numériques, a réagi tout autrement.

### ***B. Le Conseil d'État, ou la jurisprudence contrainte***

- 24 A l'instar du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État a également dû exercer son contrôle de proportionnalité sur les outils numériques mobilisés durant la pandémie. Il ressort de ses décisions qu'il a invoqué, comme nouvel argument, comme nouvel élément dans sa balance de proportionnalité, la donnée de santé. Cela a eu pour effet d'augmenter le seuil de tolérance face aux atteintes aux libertés.
- 25 Le Conseil d'État a lui aussi été amené à statuer sur l'utilisation des données personnelles, médicales ou identifiantes, pouvant alors possiblement porter atteinte au droit au respect de la vie privée, au droit à la protection des données personnelles et à la liberté d'aller et venir. Le juge administratif, en tant que juge des référés, a été saisi d'une demande de suspension de la plateforme de données de santé *Health Data Hub* créée par la loi du 24 juillet 2019<sup>58</sup> pour faciliter le partage des données de santé et favoriser la recherche, adoptée de façon anticipée pour les besoins de la gestion de l'urgence sanitaire et de l'amélioration des connaissances sur le Covid-19. Dans sa décision<sup>59</sup>, le Conseil d'État valide le recours à cette plateforme après avoir exercé son contrôle de proportionnalité entre protection de la santé publique et protection des données médicales. Il justifie sa décision par l'urgence s'attachant à la conduite du projet et par l'absence de solution technique satisfaisante permettant d'y procéder dans les délais utiles. Il souligne en outre que les conditions de la crise sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19 rendent le but poursuivi par la collecte de données de santé pseudonymisées légitime et proportionné. Le juge des référés s'assure tout de même de la sécurité de la plateforme en constatant que *Microsoft*, qui est l'hébergeur de données, bénéficie de la certification « hébergeur de données de santé » conformément au code de la santé publique. Il lui ordonne de communiquer sous cinq jours à la CNIL tous les éléments relatifs aux procédés de pseudonymisation utilisés. Le juge des référés a renforcé cette surveillance dans une ordonnance du 13 octobre 2020<sup>60</sup> par laquelle il fait part du risque que ces données de santé soient transférées vers les Etats-Unis et demande donc à ce que la plateforme continue d'être sous le contrôle de la CNIL afin de renforcer la protection des droits des personnes concernées sur leurs données personnelles.
- 26 Le Conseil d'État a été saisi sur le même thème de la collecte de données, cette fois-ci non médicales mais possiblement identifiantes, avec la mise en place de drones ayant pour finalité de surveiller le respect des mesures de l'état d'urgence à Paris. Ce dispositif visait à capturer des images par drone et

---

<sup>58</sup> Loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé ; art. L. 1461-1 du code de la santé publique.

<sup>59</sup> CE, 19 juin 2020, n°440916.

<sup>60</sup> CE, 13 octobre 2020, n°444937.

à les exploiter afin de faire respecter les mesures de confinement. Dans sa décision en référé<sup>61</sup>, le Conseil a suspendu l'exécution de la décision du préfet de police au motif que les drones utilisés étaient dotés d'un zoom optique et pouvaient voler en-dessous de 80 mètres, ce qui permettait la collecte de données identifiantes. Or, les drones n'étaient dotés d'aucun dispositif technique permettant de s'assurer que les informations collectées ne puissent conduire à l'identification des personnes filmées. Le juge a donc estimé que ces mesures portaient une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie privée et ne respectaient pas les règles impératives applicables à tout traitement de données à caractère personnel (RGPD). Pour rendre sa décision, le Conseil d'État s'est placé dans le contexte de la crise sanitaire et a modifié son contrôle sur les mesures de police administrative prises dans un cadre juridique dérogatoire particulier en adaptant sa grille d'analyse pour décider si elles sont « nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent ». Cela induit que « le triptyque contrôle/proportionnalité de la mesure/police doit également être corrélé avec une grille d'évaluation des risques sanitaires évolutifs ayant motivé la mise en œuvre totale ou partielle de l'état d'urgence »<sup>62</sup>.

- 27 Dans ces deux décisions, le Conseil d'État a ainsi invoqué l'impératif sanitaire en soulignant qu'il appartient aux autorités publiques de prendre toute mesure de nature à prévenir ou limiter les effets d'une épidémie, cela afin de protéger et sauvegarder la population. En prenant en compte le contexte sanitaire, le Conseil a ajusté son contrôle de proportionnalité pour y ajouter le critère de protection de la santé publique. De ce fait, il semble moins réfléchir en termes d'atteintes nécessaires et proportionnées aux droits et libertés fondamentales qu'en une forme de conciliation entre droit à la vie privée, protection des données personnelles et protection de la santé publique<sup>63</sup>.
- 28 Parallèlement au Conseil constitutionnel, le Conseil d'État a également été saisi à plusieurs reprises du recours à la visioconférence devant les juridictions. Il a initialement accepté la possibilité de recourir à des visio-audiences devant les juridictions judiciaires et administratives en ce qu'elles visaient à respecter les impératifs de distanciation sociale ainsi que le respect des droits de la défense et le caractère contradictoire des débats<sup>64</sup>. Le juge des référés a maintenu sa position au sujet du recours à la visioconférence en matière administrative, relevant que la loi du 23 mars 2020<sup>65</sup> autorisait le Gouvernement à modifier certaines procédures de justice durant l'état d'urgence sanitaire, à condition que les mesures prises soient proportionnées et justifiées par la situation du pays. Il a alors estimé que les requêtes n'avançaient aucun argument de nature à faire naître un doute sur la légalité des

<sup>61</sup> CE, ord. 18 mai 2020, n<sup>os</sup> 440442 et 440445, *Ass. La Quadrature du Net et Ligue des droits de l'homme*, AJDA, 2020. p. 1031.

<sup>62</sup> P. LINGIBÉ, « Les drones et le Conseil d'État : le contrôle des mesures de police administrative par le juge administratif ? », *Gaz. Pal.*, 30 juin 2020, n<sup>o</sup> 382c5, p. 28.

<sup>63</sup> B. BRUNESSEN, « Chronique Droit européen du numérique - La protection des données personnelles dans les applications de contact tracing : l'e-santé », *RTD eur*, 2021, p. 145.

<sup>64</sup> CE, 10 avril 2020, n<sup>o</sup> 439903 et n<sup>o</sup> 439883.

<sup>65</sup> Loi n<sup>o</sup> 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

dispositions permettant aux juges administratifs de participer à l'audience au moyen d'un dispositif de visioconférence<sup>66</sup>.

- 29 Après avoir initialement rejeté, par ordonnance de tri<sup>67</sup>, plusieurs requêtes dirigées contre l'ordonnance du 25 mars 2020<sup>68</sup> introduisant le recours à des moyens de télécommunication audiovisuelle devant les juridictions pénales, le Conseil d'État a fait une exception à sa ligne jurisprudentielle à propos du recours à la visioconférence pour les cours d'assises et les cours criminelles. En effet, il a jugé que l'usage des télécommunications audiovisuelles était de nature à porter une atteinte grave et manifestement illégale au droit à un procès équitable<sup>69</sup> et a de ce fait suspendu l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020<sup>70</sup> adoptée en réaction à l'aggravation de la crise sanitaire et restaurant l'usage dérogatoire de la visioconférence, dans son application aux juridictions criminelles. Ce faisant, l'application de cet article est validée devant les autres juridictions pénales<sup>71</sup>, ce qui va à l'encontre de la position du Conseil constitutionnel. La différence ici était que l'oralité des débats est un élément essentiel devant la Cour d'assises ou la Cour criminelle, en raison de la gravité des peines encourues et du rôle primordial de l'intime conviction des magistrats et jurés.
- 30 La censure du Conseil constitutionnel a finalement insufflé le revirement jurisprudentiel du Conseil d'État<sup>72</sup>. Effectivement, la position du Conseil d'État a évolué à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 2021<sup>73</sup> vue précédemment. En effet, à la suite de cette décision, plusieurs organisations représentatives des professionnels du droit ont saisi le Conseil d'État en référé de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020<sup>74</sup> afin qu'il suspende le recours à la visioconférence devant les autres juridictions pénales. En l'espèce, le Conseil d'État ne va faire que reprendre le raisonnement du Conseil constitutionnel dans sa décision QPC<sup>75</sup> et va suspendre la possibilité d'imposer la visioconférence devant les juridictions pénales autres que criminelles car elle porte en l'état une atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense<sup>76</sup>.

---

<sup>66</sup> CE, 8 juin 2020, n°440717.

<sup>67</sup> CE, 3 avril 2020, n° 439894. Un rejet par ordonnance de tri intervient au stade de la recevabilité de la requête. Par exemple, en vertu de l'article L522-3 du code de justice administrative, si aucun des moyens invoqués n'est de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée, le juge des référés peut la rejeter par une ordonnance motivée.

<sup>68</sup> Ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

<sup>69</sup> CE, 27 novembre 2020, n°446712.

<sup>70</sup> Ord. n° 2020-1400 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale et aux copropriétés.

<sup>71</sup> CE, 27 novembre 2020, *ADAP et autres*, n°s 446712, 446724, 446728, 446736 et 446816.

<sup>72</sup> CE, 4 août 2021, n° 447916.

<sup>73</sup> CC, 15 janvier 2021, n°2020-872 QPC.

<sup>74</sup> Ord. n° 2020-1400, 18 novembre 2020, portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale et aux copropriétés.

<sup>75</sup> CC., 15 janvier 2021, n°2020-872 QPC.

<sup>76</sup> CE, 12 février 2021, n°448981 et n°448972-448975.

- 31 En somme, le Conseil d'État a aligné sa jurisprudence sur celle du Conseil constitutionnel en matière de visioconférence devant les juridictions pénales, renforçant de ce fait son contrôle de proportionnalité sur les atteintes faites au respect des droits de la défense et le caractère contradictoire des débats. C'est un rare cas d'espèce où le Conseil d'État n'a pas élargi son seuil de tolérance face aux atteintes aux libertés en mobilisant la situation sanitaire, probablement dans un souci de garantir au mieux le principe d'égalité des citoyens devant la justice qu'une position différente de celle Conseil constitutionnel aurait compromis.
- 32 Ainsi, par son contrôle, qu'il soit modifié pour le Conseil d'État ou inchangé s'agissant du Conseil constitutionnel, le juge censure dans de nombreux cas le recours aux outils numériques mis en place lors de la crise sanitaire, exerçant alors son rôle de contre-pouvoir et apparaissant également montrer une certaine défiance envers ces nouvelles technologies<sup>77</sup>. Néanmoins, la timide adaptation du Conseil d'État au profit de la justification des atteintes aux libertés montre son absence de réticence au développement des outils numériques, dans la lignée de son soutien apparent aux mesures gouvernementales, d'autant plus marqué en période de crise. Le changement de son contrôle est d'ailleurs moindre, en réalité. En effet, il s'agit davantage d'une apparence que d'un réel changement de son contrôle, eu égard à sa jurisprudence antérieure à la tendance plutôt permissive. L'absence d'adaptation du contrôle du Conseil constitutionnel s'inscrit elle aussi dans sa lignée jurisprudentielle, plus protectrice des libertés. Ce fait n'empêche pas de constater l'ouverture des juges face aux outils numériques, suite à l'analyse des dispositifs des décisions laissant entrevoir une certaine adhésion du juge à l'expansion du numérique.

## II. LE JUGE, MOTEUR POTENTIEL POUR LES TECHNOLOGIES NUMÉRIQUES

- 33 Le juge paraît de prime abord freiner l'expansion des technologies numériques mobilisées dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire, en raison du nombre de censures (proportionnellement à ses décisions) élevé. Il ressort toutefois de l'analyse de ses décisions qu'il constitue *a contrario* un moteur potentiel pour leur développement futur conforme aux libertés. En effet, ce n'est pas tant le principe même d'une utilisation de dispositifs numériques qui est censuré que leurs conditions de mise en œuvre (A). Plus encore, il donne des indications pour légiférer dans le sens de la numérisation (B).

---

<sup>77</sup> Si l'on s'en tient au nombre de censures, celles-ci priment et l'on pourrait déduire de cette majorité une certaine défiance de la part du juge. Parmi les décisions des deux juges (confondus) dont les décisions sont étudiées, on compte sept décisions de censure pour cinq décisions de conformité, pour certaines avec réserves d'interprétation. Cela revient à trois dispositifs validés pour cinq censurés, soit presque deux fois plus de dispositifs censurés. Ce chiffre est toutefois à nuancer avec le nombre de réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel.

### A. Le juge comme gardien des modalités d'utilisation des technologies numériques

- 34 Le juge veille relativement soigneusement au respect des droits et libertés, en appréciant la proportionnalité de la mesure. Son contrôle est fondamental dans un État de droit<sup>78</sup>, *a fortiori* en période de crise. Ni la CNIL<sup>79</sup> ni les juges n'ont manqué de rappeler que le combat mené contre le Covid-19 ne peut justifier des atteintes aux libertés, dont la récurrence serait bien établie sans l'intervention du gardien de l'État de droit. Tous deux appellent au respect des droits et libertés tels que le droit à la protection des données personnelles ainsi qu'au respect des règles de forme (bien que cela ne les empêche pas de parfois s'en affranchir). L'exemple de la décision portant sur la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions<sup>80</sup> est topique : le juge constitutionnel y rappelle l'importance de contrôler les dispositifs numériques et semble veiller sur les droits fondamentaux menacés par les dérives du numérique.
- 35 Plusieurs technologies numériques mobilisées dans le cadre de la pandémie ont certes été validées par le juge, à l'instar du passe sanitaire<sup>81</sup>, de la plateforme d'hébergement des données de santé *Health Data Hub* ou de l'application de traçage de contacts<sup>82</sup> ; mais plusieurs d'entre elles n'ont pas passé l'étape du prétoire. À titre illustratif, le recours à la visioconférence devant l'ensemble des juridictions pénales sans accord des parties à la suite du renouvellement de l'état d'urgence sanitaire<sup>83</sup>, l'adaptation des conditions de travail à l'Assemblée nationale consacrant le télétravail<sup>84</sup>, la surveillance par drones du respect des mesures sanitaires<sup>85</sup> ou encore l'utilisation des caméras thermiques<sup>86</sup> ont été censurés par tous les juges du Palais Royal.
- 36 Si, bien avant la crise sanitaire, le Conseil constitutionnel a validé le principe de visioconférence en estimant que les conditions du recours à des moyens de télécommunication audiovisuelle

---

<sup>78</sup> T. SHULGA-MORSKAYA, « Le numérique saisi par le juge, l'exemple du Conseil constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 57 (dossier : *droit constitutionnel à l'épreuve du numérique*), octobre 2017.

<sup>79</sup> V. par exemple CNIL, Délibération n° 2020-136 du 17 décembre 2020 portant avis sur un projet de décret relatif au recours à la vidéo intelligente pour mesurer le taux de port de masque dans les transports.

<sup>80</sup> CC, 11 mai 2020, n° 2020-800, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

<sup>81</sup> V. par exemple CC, 31 mai 2021, n° 2021-819 DC, *Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire* ; CC, 5 août 2021, n° 2021-824 DC.

<sup>82</sup> CC, 31 mai 2021, n° 2021-819 DC, *Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*.

<sup>83</sup> CC, 15 janvier 2021, n° 2020-872 QPC, M. Krzysztof B. [Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire] ; CE 12 février 2021, n° 448972, *Syndicat des avocats de France, Conseil national des barreaux* ; CC, 4 juin 2021, n° 2021-911 QPC, M. Wattara B. et autres [Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire II] ; CE, 4 août 2021, n° 447916.

<sup>84</sup> CC, 1<sup>er</sup> avril 2021, n° 2021-814 DC, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale en ce qui concerne l'organisation des travaux parlementaires en période de crise*.

<sup>85</sup> CE, 18 mai 2020, *Association « La Quadrature du Net » et Ligue des Droits de l'Homme*, n°440442 et n°440445.

<sup>86</sup> CE, 26 juin 2020, *Caméras thermiques à Lisses*, n° 441065.

garantissaient de façon suffisante la tenue d'un procès juste et équitable sous certaines réserves<sup>87</sup>, sa position diffère concernant certaines audiences pénales. S'agissant du recours à des moyens de télécommunication audiovisuelle pour les audiences devant les juridictions pénales en période de crise sanitaire, le juge a justifié sa censure par l'atteinte aux garanties du procès équitable que l'étendue des dispositions jugées trop générales et imprécises entraînait (cf. I. A.). Il a été suivi par le Conseil d'État<sup>88</sup> ; alors même que celui-ci avait initialement rejeté, par ordonnance de tri<sup>89</sup>, plusieurs requêtes dirigées contre l'ordonnance du 25 mars 2020<sup>90</sup> introduisant le recours à des moyens de télécommunication audiovisuelle devant les juridictions pénales (cf. I. B.).

- 37 Le fondement de la censure concernant le recours à des moyens de télécommunication audiovisuelle pour les audiences devant les juridictions pénales témoigne d'un certain assentiment de la part du juge, ou à tout le moins d'une absence d'hostilité, laquelle se vérifie avec les décisions relatives aux autres dispositifs. Ainsi, « s'il faut retenir de cet abondant contentieux que les hautes juridictions nationales ont su symboliquement résister à l'instauration d'un dispositif dérogatoire jugé beaucoup trop discrétionnaire, aucune des décisions ci-dessus évoquées n'exclut en tant que telle la possibilité d'imposer au justiciable une comparution par télécommunication audiovisuelle devant la juridiction de jugement »<sup>91</sup>.
- 38 Le constat de l'ouverture du juge en matière d'audiences en visioconférence est conforté par le fait que son utilisation soit déjà possible en matières civile et administrative ; même s'il ressort de la jurisprudence un certain attachement de la part du juge à la présentation physique de l'intéressé devant les juridictions pénales spécifiquement. De surcroît, si le juge avait été fermement opposé à l'usage du numérique, il n'aurait pas différé l'abrogation et exclu toute remise en cause des mesures prises sur le fondement des dispositions litigieuses, afin de ne pas induire de conséquences qu'il estimait « manifestement excessives ». En d'autres termes, il a laissé juridiquement régulières les situations nées du recours à la télécommunication audiovisuelle en matière pénale. Il est possible d'en déduire une absence d'hermétisme de sa part à l'égard du numérique, en dépit du nombre conséquent de censures.
- 39 Dans le domaine de l'immixtion du numérique dans la procédure législative et le contrôle parlementaire, le juge a également censuré le recours au télétravail pour les députés, du fait du caractère excessivement général de la disposition dont la constitutionnalité a été contrôlée. Le Conseil constitutionnel ayant jugé qu'il lui était impossible de mesurer la portée des adaptations permises par

---

<sup>87</sup> CC, 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC sur la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 ; CC 6 septembre 2018, n°2018-770 DC, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*.

<sup>88</sup> CE, 4 août 2021, n° 447916.

<sup>89</sup> CE, 3 avril 2020, n° 439894.

<sup>90</sup> Ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

<sup>91</sup> H. DIAZ, « Crise sanitaire et visioconférence : l'inéluctable censure (CE 4 août 2021, req. n° 447916) », *Dalloz actualités*, 16 septembre 2021.

la résolution et donc d'exercer son contrôle des règles du fonctionnement de l'Assemblée prévu à l'article 61 al. 1<sup>er</sup> de la Constitution, il a très logiquement censuré la disposition. Cette dernière revenait à consacrer un quasi-article 16 à destination du Président de la première chambre, en lui donnant en quelque sorte les pleins pouvoirs d'organiser les travaux de l'Assemblée nationale en période de crise, puisque n'étaient définis ni le terme de crise, ni celui de modalités de travail. La résolution prévoyait que les principes de sincérité et de clarté du débat ainsi que de vote personnel s'imposaient, mais ne précisait pas les adaptations envisageables, si ce n'est en se bornant à évoquer la possibilité qu'elles puissent consister en un travail à distance. Le Conseil a censuré la résolution, mais non pas l'idée : il est donc possible de prévoir des mesures dérogatoires, qu'il faut toutefois préciser pour en apprécier la constitutionnalité.

- 40 Dans une autre décision intervenant dans l'appréciation de la jurisprudence en lien avec le télétravail au Parlement<sup>92</sup>, les sénateurs requérants dénonçaient que la jauge pour entrer dans l'hémicycle (plus stricte à l'Assemblée nationale qu'au Sénat) interférait avec la participation aux débats ainsi qu'avec la défense personnelle des amendements. Bien que cette résolution de la Conférence des Présidents ait abouti en la mise en place d'une forme de télétravail, le Conseil constitutionnel n'a pas censuré la résolution, tout en évitant de se prononcer directement sur son fond : le recours au télétravail. Il a écarté les griefs en énonçant simplement que les allégations selon lesquelles la résolution empêchait les députés de prendre part au vote ou d'exercer leur droit d'amendement n'étaient pas établies<sup>93</sup> ; alors même que la restriction d'accès en séance à l'Assemblée soulève de sérieux doutes quant à sa constitutionnalité.
- 41 En ce qui concerne l'utilisation de drones aux fins de surveillance du respect des règles sanitaires, le Conseil d'État n'a pas non plus condamné sur son principe la surveillance par drone<sup>94</sup>. Pour rappel (cf. I. B.), il a enjoint l'État à cesser leur utilisation en raison de détails matériels et non du dispositif en lui-même, et plus précisément en raison du zoom optique dont les drones étaient dotés, lesquels pouvaient voler en-dessous de 80 mètres, permettant alors de collecter des données identifiantes, alors même qu'aucun dispositif technique ne pouvait assurer que les données collectées ne conduiraient pas à l'identification des personnes filmées. Pour ces raisons, le juge des référés a estimé que les drones traitaient des données à caractère personnel au sens de la directive du 27 avril 2016<sup>95</sup> et de la loi Informatique et libertés<sup>96</sup> et qu'ils devaient alors respecter le carcan normatif afférent. En vertu du

---

<sup>92</sup> CC, *Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, § 3-6.

<sup>93</sup> Ce faisant, le Conseil constitutionnel laisse sous-entendre que si un député avait tenté d'assister à la séance, nul n'aurait pu s'y opposer.

<sup>94</sup> CE, ord., 18 mai 2020, *Association « La Quadrature du Net » et Ligue des Droits de l'Homme*, n°440442 et n°440445.

<sup>95</sup> Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil.

<sup>96</sup> Art. 31 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

régime applicable au traitement des données personnelles alors mis en œuvre par le juge, un cadre réglementaire spécifique est imposé<sup>97</sup>. Il ressort ainsi de la décision que l'utilisation de drones aux fins de surveillance n'est pas impossible, simplement que le dispositif devait être modifié ou complété. Effectivement, si le Conseil d'État a par la suite interdit à nouveau l'usage des drones dans un contexte cette fois-ci hors pandémie, c'est au motif qu'une telle surveillance de pouvait être envisagée « sans l'intervention préalable d'un texte »<sup>98</sup>.

- 42 Le Conseil constitutionnel s'inscrit dans cette même analyse puisque dans sa décision sur la loi Sécurité globale<sup>99</sup> il censure la quasi-intégralité du dispositif, dont la surveillance par drones, en raison de son caractère particulièrement intrusif dans la vie privée et de l'insuffisance de l'encadrement du dispositif<sup>100</sup>. La loi a été censurée par le Conseil constitutionnel car elle ne conciliait pas de façon équilibrée, d'une part, les objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions, et d'autre part, le droit au respect de la vie privée<sup>101</sup>. Cette décision s'inscrit dans la continuité de la décision relative à l'utilisation de drones aux fins de surveillance du respect des règles sanitaires dès lors qu'une fois de plus, ce n'est pas l'objet numérique du dispositif qui est censuré, mais bien les conditions de sa mise en œuvre.
- 43 La décision du 20 janvier 2022 sur l'article 15 de la loi relative à la responsabilité pénale et à la sécurité<sup>102</sup> vient prolonger cette approche du juge concernant la surveillance par drones, puisque le Conseil constitutionnel a partiellement censuré les dispositions consacrant le recours aux drones pour des missions de police administrative. En effet, le juge a rappelé que les objectifs de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions et de prévention des atteintes à l'ordre public pouvaient justifier que le législateur puisse prévoir la captation, l'enregistrement et la transmission d'images par des aéronefs sans personne à bord. Un tel dispositif devait néanmoins être assorti de garanties suffisantes permettant de préserver le droit à la vie privée. Dans la disposition contestée, rien ne prévoyait pour le préfet la possibilité, après avoir autorisé les drones, de pouvoir mettre fin à leur utilisation dès lors qu'il constatait que les conditions ayant justifié sa délivrance n'étaient plus réunies.
- 44 Au regard de ces décisions, le juge ne s'oppose pas directement aux drones mais censure leur utilisation, celle-ci n'étant jamais suffisamment encadrée, notamment pour préserver les droits de protection des données à caractère personnel et le droit à la vie privée. Cependant, il ne semble pas opposé au principe du déploiement de drones pour des missions de police administrative. Le recours

---

<sup>97</sup> Cette décision illustre le fait que le Conseil d'État n'est pas toujours laxiste (V. par exemple le blog de Paul Cassia sur le site Mediapart qui soutient cette thèse). En l'espèce, il aurait pu retenir la théorie des circonstances exceptionnelles pour dépasser la nécessité d'un cadre juridique.

<sup>98</sup> CE, 14 décembre 2020, n°446155.

<sup>99</sup> Loi n° 2021-646 du 25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés.

<sup>100</sup> CC, n° 2021-817 DC, 20 mai 2021, *Loi pour une sécurité globale préservant les libertés ; à l'encontre de la décision du Tribunal administratif de Paris*.

<sup>101</sup> CC, 20 mai 2021, n° 2021-817 DC, *Loi sécurité globale*.

<sup>102</sup> CC, 20 janvier 2022, n° 2021-834 DC, *Loi relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure*.

aux drones s'est d'ailleurs déjà étendu à l'occasion des manifestations de *Gilets jaunes*, comme mesure complémentaire aux caméras. Cette affirmation ne s'est pas ternie avec la survenue de la pandémie.

- 45 Pour des considérations similaires relatives au traitement de données à caractère personnel, le juge des référés du Conseil d'État a également censuré le déploiement de caméras thermiques mises en place pour prendre la température corporelle. Ce dernier a jugé qu'en l'absence de base légale précisant le traitement des données de santé collectées, il fallait sans délai suspendre le dispositif en raison de son atteinte à la vie privée ; d'autant que le recueil du consentement par formulaire adressé aux familles conditionnait l'accès à l'école, ce qui induisait que le consentement donné ne l'était pas librement et qu'une étude des dangers engendrés par l'utilisation de ces caméras faisait défaut. Tous ces éléments rendaient le dispositif illégal.
- 46 Parmi les censures du juge, la tendance majoritaire, si ce n'est unanime, consiste donc à censurer les technologies contestées davantage pour des raisons de forme, de conditions de mise en œuvre et de caractéristiques de la disposition les consacrant, que sur leur principe. À regarder de plus près, les censures concernent plus souvent l'étendue du dispositif, la précision, l'intelligibilité, les lacunes en somme de la norme qui le consacre, que son principe même. Si bien que dans certains cas, le juge va apparaître comme un véritable acteur dans le développement de l'utilisation des outils numériques.

### ***B. Le juge comme garant d'une utilisation future des technologies numériques***

- 47 Une analyse plus poussée que celle des seuls dispositifs des décisions en la matière démontre l'ouverture indéniable du juge face à l'utilisation des technologies numériques dans la gestion de crise. Il va même jusqu'à participer, bien qu'indirectement, à leur consécration normative. Ce fait s'explique par la plus-value pour certains principes juridiques à préserver que le juge reconnaît aux technologies numériques, en dépit des atteintes à la protection des données personnelles, au respect de la vie privée, au droit au procès équitable, qu'il a pu retenir.
- 48 Au travers de toutes les décisions étudiées transparait une certaine ouverture des juges du Palais Royal face aux outils numériques mobilisés durant la crise. Les atteintes n'ont pas été caractérisées du seul fait des dispositifs numériques et ces derniers n'ont pas été fustigés en tant que tels. Comme vu précédemment, les dispositifs portés à leur prétoire étaient pour la plupart manifestement trop généraux et étendus ou imprécis et donc attentatoires. Cela signifie que leur existence, leur consécration, n'est pas juridiquement inenvisageable ; mais qu'elles doivent répondre à certaines conditions formelles, qu'elles soient légales ou prétoriennes. Le juge lui-même s'est attelé à préciser comment respecter ce carcan, plus ou moins exhaustivement. Cela vaut pour grand nombre de dispositifs dont il a eu à connaître, tels que le recours à la visioconférence en procédure pénale, la révision du règlement de l'Assemblée nationale consacrant la possibilité pour les députés de recourir au télétravail ou la surveillance par drones, etc. Ainsi, tout en censurant les dispositifs sur ces différents fondements, le juge indique comment les dépasser. Il permet de remédier aux lacunes identifiées en étayant son développement.

- 49 Ainsi par exemple, dans sa décision relative à la surveillance du respect des règles sanitaires par drones, le Conseil d'État va jusqu'à préciser ce que devra comporter l'encadrement réglementaire faisant alors défaut en l'espèce, ainsi que sa procédure<sup>103</sup>. Cette étendue jugée « superfétatoire » du contrôle de proportionnalité<sup>104</sup> témoigne de la volonté du juge administratif de poser les jalons d'une consécration future de tels dispositifs. Le juge fait ici l'effort « qui interpelle d'autant plus qu'il s'agit d'un référé liberté », non seulement de « montrer la voie », mais également de « rassurer » l'Administration sur le fait qu'un encadrement aurait suffi à rendre conforme le dispositif<sup>105</sup>. Il aurait saisi l'opportunité de soutenir le Gouvernement, au prétexte, bien que réel, de la menace sanitaire et adapté son contrôle en justifiant les atteintes par la situation sanitaire.
- 50 La décision du Conseil constitutionnel portant sur les interceptions de correspondances émises par voie de communications électroniques et de géolocalisation dans le cadre d'une enquête ou d'une information judiciaire s'inscrit dans une certaine logique jurisprudentielle<sup>106</sup>. Le juge ne condamne pas les procédés numériques sur leur principe mais à cause de leur encadrement qui ne permet pas toujours un équilibre avec les droits et libertés constitutionnellement garantis. Il donne une fois encore les clés au législateur pour encadrer le recours futur aux outils numériques, conformément aux libertés individuelles et publiques. Il précise comment concilier la protection de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction d'une part, et la sauvegarde des droits et libertés constitutionnellement garantis tels que le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances d'autre part. En l'espèce, il invite à préciser la gravité et la complexité de l'infraction ou encore à prévoir la possibilité pour le juge de prononcer la cessation de la mesure d'interception. En somme, il convient de garantir davantage le caractère nécessaire et proportionné de la mesure pour la consacrer, celle-ci n'étant pas *de facto* attentatoire.
- 51 Le juge dépasse le seul cadre de l'état d'urgence sanitaire dans son élan d'appui à la consécration des technologies numériques. Par exemple, dans la décision relative au recours à la visioconférence dans les procès pénaux, il indique clairement au législateur comment numériser la justice de façon pérenne. Il en précise le régime juridique<sup>107</sup>, en indiquant au législateur qu'il faudrait, pour être jugé conforme, que la disposition restreigne le champ des audiences concernées et qu'elle encadre par des critères la faculté arbitraire laissée au juge. La tâche n'est pas aisée dans la mesure où les droits de la défense constituent le but et la limite de ces politiques publiques. En effet, le recours à la visioconférence est vu comme un moyen de respecter le délai raisonnable, mais il est également suspect à l'égard des

<sup>103</sup> CE, 18 mai 2020, n°440442 et n°440445, Association « La Quadrature du Net » et Ligue des Droits de l'Homme, § 10-19.

<sup>104</sup> P. CASSIA, « Demain les drones », *Mediapart*, 20 mai 2020.

<sup>105</sup> Bastien LE QUERREC, « Le Conseil d'État ouvre l'espace aux drones (CE, ord., 18 mai 2020, Association « La Quadrature du Net » et Ligue des Droits de l'Homme, n°440442, n°440445) », *RDLF*, n°81, 2020.

<sup>106</sup> CC, n° 2019-778 DC, 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, §143-147.

<sup>107</sup> V. en ce sens J.Ph. SURAUD, « Le recours à la visioconférence : entre état d'urgence sanitaire et politique publique pénale », *AJDA*, 2021, p. 1456.

risques d'éloignement des parties du juge et/ou de leur avocat<sup>108</sup>. En outre, les droits de la défense sont au moins aussi importants qu'une bonne administration de la justice et tous deux peuvent même se recouper. Ces subtilités ne peuvent pas être mieux éclairées que par la juridiction amenée à statuer dessus. Ses décisions détaillées et pédagogiques constituent de ce fait une aubaine pour le mouvement de numérisation.

- 52 Plus encore, le juge reconnaît explicitement au numérique des avantages juridiques considérables, puisque celui-ci s'accorde par exemple avec « l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé », le poursuit même, favorise « la continuité de l'activité des juridictions pénales malgré les mesures d'urgence sanitaire prises pour lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 » et contribue enfin « à la mise en œuvre du principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice »<sup>109</sup>, alors affectés par la crise sanitaire. Il convient toutefois de veiller à ce que le dispositif soit légalement et rigoureusement encadré.
- 53 L'on pourrait penser à une certaine frilosité de la part du juge qui, pour préserver les libertés dont il est le gardien et pour lesquelles il se doit de trouver un équilibre dans un État de droit<sup>110</sup>, serait hermétique à l'idée de développer le numérique qu'il trouverait alors par essence incompatible avec les droits et libertés. Toutefois, si le juge apparaît à première vue comme un frein à l'immixtion du numérique dans les politiques publiques, il s'avère qu'il peut en réalité être regardé comme un moteur pour elle. Il permet de cerner les contours de la conformité, en donnant la notice que le Parlement ou le Gouvernement devra suivre s'il veut consacrer de tels outils.
- 54 Quoi qu'il en soit, le numérique peut constituer une ressource extrêmement précieuse s'il est déployé dans le respect des droits et libertés. Il serait tout aussi dommage de l'exclure par principe et conservatisme, que de le consacrer sans se soucier de la préservation des droits en jeu. C'est dans la dynamique de transformation pérenne (de la Justice notamment, pour reprendre l'exemple du recours à la visioconférence en procédure pénale, mais pas seulement) que les décisions étudiées s'inscrivent. « Le dispositif conçu pour le temps singulier de la crise s'inscrit dans la politique juridique déployée avec constance depuis bientôt vingt ans. Partant, le droit spécial forme une étape de la transformation du système juridique plutôt qu'une suspension de celle-ci, ce malgré les insuffisances du droit d'exception pointées par Conseil d'État et Conseil constitutionnel »<sup>111</sup>. Des mesures de l'état d'urgence sécuritaire sont effectivement entrées dans le droit commun<sup>112</sup>. En ce qui concerne les dispositifs destinés à servir uniquement en période de crise, qu'elle soit sécuritaire, sanitaire ou autre, les indications du juge sont précieuses car elles pourront servir à l'avenir.

---

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> V. par exemple CC, 15 janvier 2021, n° 2020-872 QPC, M. Krzysztof B. [Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire.

<sup>110</sup> V. en ce sens D. LE PRADO, « L'État de droit et la crise sanitaire », *AJDA*, 2021, p. 2185.

<sup>111</sup> L. ROUSVOAL, « Justice en situation - La visioconférence en procédure pénale à l'heure de la Covid-19 », *Les cahiers de la justice*, 2021, p. 164.

<sup>112</sup> V. par exemple Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

- 55 Le Covid-19 a de fait accéléré la transformation numérique amorcée il y a plusieurs décennies et mis en exergue sa nécessité<sup>113</sup>, notamment celle du mouvement de numérisation de l'État et des services publics<sup>114</sup>. L'ouverture du juge pointe sa volonté de pallier les difficultés de la France – grandement critiquée – à s'adapter à la pandémie. Les défis à relever restent néanmoins aussi nombreux que majeurs avant d'arriver à une numérisation plus ample et respectueuse des droits<sup>115</sup>, parmi lesquels réside le renforcement de la confiance dans le numérique, au prisme de la protection de la vie privée et plus largement de la sécurité<sup>116</sup>, lequel englobe l'enjeu démocratique de la souveraineté numérique.

---

<sup>113</sup> OCDE, « La transformation numérique à l'heure du COVID-19 : Renforcer la résilience et combler les fractures, (Supplément à l'édition 2020 des Perspectives de l'économie numérique) », Paris, 2021.

<sup>114</sup> M. BARTOLUCCI, « Administration numérique – L'État communicant et la norme numérique », *RDA*, octobre 2021, n° 10, étude 13.

<sup>115</sup> V. par exemple Commission européenne pour l'efficacité de la Justice, Réunion du 10 juin 2020 (CEPEJ) ; V. *JCP G* 2020, act. 1240, *Aperçu rapide N. FRICERO* qui a adopté la « Déclaration sur les leçons et défis pour le système judiciaire pendant et après la pandémie du covid-19 ».

<sup>116</sup> OCDE, « La transformation numérique à l'heure du COVID-19 : Renforcer la résilience et combler les fractures, (Supplément à l'édition 2020 des Perspectives de l'économie numérique) », Paris, 2021.

RESUME :

*Les outils numériques ont plus que jamais été mobilisés durant la pandémie de Covid-19. Certes indispensables à la conservation de certains droits et libertés fondamentaux, tels que la liberté d'expression ou la liberté d'entreprendre, ces outils en menacent d'autres, à l'instar du respect de la vie privée, la protection des données personnelles ou la liberté d'aller et venir.*

*La présente étude se concentre sur la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel en la matière, ces derniers ayant une place centrale dans la préservation de l'état de droit, a fortiori en période d'état d'urgence. Il s'avère que si le juge constitutionnel n'a pas opéré de changement dans son rapport de proportionnalité, le Conseil d'État a fait preuve d'un large seuil de tolérance aux atteintes faites aux libertés. Par ailleurs, si le juge censure dans de nombreux cas le recours aux outils numériques, il ressort qu'il n'y est pas hermétique, se révélant même être un moteur potentiel pour la transition numérique, en indiquant comment légiférer en ce sens.*

SUMMARY:

*During the Covid-19 pandemic, digital tools have been widely used. While they contributed to preserve some fundamental rights such as freedom of expression and enterprise, they have also posed threats to privacy, the protection of personal data, and freedom of movement.*

*This study focuses on the case law of the Council of State and the Constitutional Council, which play a crucial role in upholding the rule of law, particularly in times of emergency. The constitutional judge showed tolerance for attacks on freedoms, and sometimes criticized the use of digital tools. However, they also recognized the potential of digital transition and provided guidance for legislation in this area. The principle of proportionality is essential for the Council of State in determining the validity of measures. In conclusion, the analysis of case law from these institutions highlights the complex balance between digital tools and fundamental rights.*