Commentaire des décrets du 2 décembre 2020 : La collecte de données de santé dans le cadre de fichiers à visée sécuritaire

Yoann Nabat

▶ **To cite this version:**

Yoann Nabat. Commentaire des décrets du 2 décembre 2020 : La collecte de données de santé dans le cadre de fichiers à visée sécuritaire. 2020. hal-03175035

HAL Id: hal-03175035
https://hal.science/hal-03175035

Submitted on 19 Mar 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

OPPEE
Observatoire des politiques publiques en situation d'épidémie et post épidémique

université de BORDEAUX

Commentaire des décrets du 2 décembre 2020 : La collecte de données de santé dans le cadre de fichiers à visée sécuritaire[1]

Yoann Nabat, doctorant en droit privé et sciences criminelles, ISCJ, Université de Bordeaux

Parmi les outils de politique publique communs aux matières strictement sécuritaires et à la matière sanitaire, se trouvent les traitements de données personnelles. Ces fichiers sont de plus en plus nombreux, comme l'atteste encore en matière sécuritaire le rapport rendu en septembre 2018[2] dans lequel les députés Didier Paris et Pierre Morel-à-L'Huissier montrent que les ministères de la Justice et de l'Intérieur mettent à disposition des forces de l'ordre de tout le pays une centaine de fichiers. La dimension sanitaire n'est pas en reste, notamment avec le développement du *Health Data Hub*[3] et la création récente de nouveaux fichiers dans le cadre de la crise sanitaire actuelle[4].

Cadre général – Qu'ils soient à finalité sécuritaire ou sanitaire, ces fichiers mis en place par la puissance publique obéissent au cadre général fixé à tous les traitements de données personnelles : la loi *Informatique et Libertés*[5]. Pour autant, deux précisions s'imposent immédiatement.

Premièrement, les fichiers à finalité sécuritaire obéissent à un régime un peu particulier. En effet, puisqu'ils ne relèvent pas du champ d'application du RGPD[6] (au niveau européen, ils sont cependant encadrés par les dispositions, bien plus souples, de la « directive police-justice »[7] entrée en vigueur également en 2018), ils échappent aux règles contraignantes du titre II de la loi de 1978. Les règles particulières régissant leur édiction et leur contrôle font ainsi l'objet d'un titre particulier,

1 L'auteur remercie Madame le Professeur Virginie Peltier pour sa relecture précieuse et attentive de l'article.

2 Assemblée Nationale, *Rapport d'information sur les fichiers mis à la disposition des forces de sécurité*, déposé le 17 octobre 2018. https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/l15b1335_rapport-information

3 Code de la santé publique, art. L1461-1 et suivants

4 Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020, art. 11, II

5 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite *Loi Informatique et Libertés*

6 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, art. 53

7 Directive 2016/680 du Parlement Européen et du Conseil du du 27 avril 2016

le titre III. Les fichiers à finalité sanitaire en revanche, y compris les fichiers mis en place durant la crise sanitaire, obéissent quant à eux, *a contrario*, bien au RGPD et donc au titre II de la loi de 1978.

Secondement, au titre des dispositions communes à tout traitement de données personnelles, est interdite par principe la collecte de certains types de données. Ces « données sensibles » sont énumérées à l'article 6 de la loi de 1978. Parmi celles-ci, on retrouve ainsi, pêle-mêle, « la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques [...], des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique ». L'article 46, cette fois inscrit dans le titre II, ajoute parmi les données particulièrement protégées les informations relatives aux « condamnations pénales, aux infractions ou aux mesures de sûreté ».

Cette interdiction est néanmoins loin d'être absolue. D'une part, pour les fichiers relevant du RGPD, l'article 44 de la même loi dresse la liste d'un certain nombre de bases légales, c'est-à-dire de fondements possibles, permettant le recueil des données de l'article 6. On y trouve notamment le consentement de la personne, mais aussi les finalités d'intérêt général ou d'intérêt public. C'est au nom de ces dernières qu'a ainsi été justifiée la collecte des données personnelles dans le cadre des fichiers mis en place par la loi prorogeant l'État d'urgence sanitaire[8]. D'autre part, les fichiers sécuritaires sont explicitement autorisés à collecter des informations relevant de l'article 6, sans motif particulier, mais avec une procédure adaptée. En effet, les articles 31 et 32 de la loi *Informatique et Libertés* imposent un processus clair pour leur création ou leur modification : les fichiers de police sont « autorisés par arrêté du ou des ministres compétents ». Cependant, lorsque le fichier porte sur des données particulièrement sensibles, ils doivent l'être par « décret en Conseil d'État », c'est-à-dire par le Premier ministre, après avis du Conseil d'État.

Fichiers PASP, GIPASP et EASP – C'est dans ce cadre qu'ont été mis en place entre 2009 et 2011 un certain nombre de fichiers qui font aujourd'hui l'objet de modifications contestées. Dans un contexte résultant du retrait du fichier EDVIGE, après une large mobilisation, trois décrets en Conseil d'État sont ainsi pris, donnant naissance à trois fichiers à finalité sécuritaire : PASP[9] (géré par la Direction Générale de la Police Nationale), GIPASP[10] (géré par la Direction Générale de la Gendarmerie Nationale) et EASP[11] (dédié aux enquêtes administratives). Ces fichiers ont ensuite fait l'objet d'une codification dans le Code de la sécurité intérieure (CSI), véritable « Code de procédure pénale *bis* »[12], fin décembre 2013[13] et de modifications mineures en 2017[14].

Modifications récentes – Se sont ainsi trois nouveaux décrets en Conseil d'État qui sont pris ce 2 décembre 2020[15], pour modifier encore une fois d'un geste unique, les trois fichiers créés en 2009 et désormais codifiés dans le CSI aux articles R 236-1 et suivant. Ces décrets mettent en place un élargissement très net du champ des données collectées et enregistrées dans ces fichiers. Particulièrement, sont ainsi modifiés les articles R 236-13 (PASP) et R 236-23 (GIPASP) qui disposent désormais, de manière très parallèle :

8 Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020
9 Décret n° 2009-1249 du 16 octobre 2009
10 Décret n° 2011-340 du 29 mars 2011
11 Décret n° 2009-1250 du 16 octobre 2009
12 Selon l'expression utilisée régulièrement par la doctrine. Par ex, par J-H Robert, *JCP G*, n° 43, doctr. 1149.
13 Décret n°2013-1113 du 4 décembre 2013
14 Décret n°2017-1216 du 2 août 2017
15 Décrets n° 2020-1510, 2020-1511 et 2020-1512 du 2 décembre 2020

« Par dérogation [à l'interdiction de l'article 6 de la loi de 1978], sont autorisés, pour les seules fins et dans le strict respect des conditions définies à la présente section, la collecte, la conservation et le traitement de données […] relatives :
1° A des signes physiques particuliers et objectifs comme éléments de signalement des personnes ;
2° A des opinions politiques, des convictions philosophiques, religieuses ou une appartenance syndicale ;
3° A des données de santé révélant une dangerosité particulière. »

Les différences par rapport à la version précédente du texte se trouvent dans le deuxièmement et troisièmement de l'article. D'une part, les « activités » mentionnées dans l'ancien texte sont devenues ici les « opinions », et d'autre part, peuvent désormais également être collectées (alors qu'elles étaient exclues auparavant) les « données de santé révélant une dangerosité particulière ».

Sur ce dernier point, le fichier EASP n'est pas en reste, puisque l'article R 236-2 est aussi largement modifié, en incluant désormais, au titre des « facteurs de dangerosité », les données relatives « aux troubles psychologiques ou psychiatriques » et au titre des « facteurs de fragilité », des informations sur le « comportement auto-agressif » de la personne ou encore relatif à ses éventuelles « addictions ». Ces informations constituent bien des « données de santé », pour lesquelles la CNIL retient d'ailleurs une définition large.

Données de santé et finalité sécuritaire – Il se trouve ici donc bien un cas de convergence très intéressant : dans le cadre d'un fichier à finalités sécuritaires exclusivement (ces fichiers n'ont aucune finalité sanitaire déclarée), sont collectées des données de santé. Cet état de fait appelle plusieurs commentaires.

Premièrement, il ne s'agit pas ici du premier exemple du genre. La démarche avait notamment été adoptée lors du rapprochement[16] entre un fichier à vocation strictement sécuritaire, dédié à la lutte contre le terrorisme (FSPRT) et un fichier à vocation strictement sanitaire, portant sur les hospitalisations d'office en établissements psychiatriques (HOPSYWEB). Ce rapprochement, très commenté[17], avait pour but de repérer plus facilement les cas de radicalisation (et donc de potentiels passages à l'acte terroriste) liés à des pathologies psychiatriques. Pour autant, un tel rapprochement n'a aucun sens en l'état des études sur d'éventuelles corrélations (non vérifiées pour le moment) entre état psychiatrique et radicalisation[18]. Par ailleurs, l'interconnexion se fait ici de manière très large puisqu'elle se fait au nom de « troubles psychologiques » (et non nécessairement psychiatriques!) et de manière très peu protectrice de la vie privée (les informations médicales étant portées à la connaissance de nombreux interlocuteurs).

Il est ici aussi particulièrement intéressant de noter que face aux deux régimes distincts (fichier de santé d'un côté, pour lequel le RGPD est applicable, et fichier sécuritaire d'autre part, pour lequel un régime dérogatoire s'applique), le Conseil d'État[19], saisi d'un recours contre ce nouveau fichage, a retenu l'application entière du régime dérogatoire des fichiers sécuritaires. Il justifie ce choix par la finalité de l'interconnexion elle-même, qui n'a de finalité que sécuritaire. Des données de santé, particulièrement secrètes ici puisque relevant de la santé mentale, sont donc traitées sous le régime des fichiers de police. L'atteinte au secret médical est pourtant totalement rejetée par le Conseil d'État, considérant qu'il n'y a par ce rapprochement aucune nouvelle dérogation au secret médical, qui ne serait pas prévue par la loi. « Circulez, il n'y a rien à voir ».

16 Décret n°2019-412 du 6 mai 2019 modifiant le décret n°2018-383 du 23 mai 2018

17 Lisa Carayon, « Quelle folie ! », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 11 juin 2020, consulté le 23 décembre 2020. URL : http://journals.openedition.org/revdh/9746

18 Selon l'analyse de Lisa Carayon.

19 CE, 10e et 9e ch. réunies, 27 mars 2020, n° 431350.

Si ce rapprochement se trouve justifié, formellement, par la lutte contre la radicalisation et ses liens supposés avec les larges « troubles psychologiques », quid des modifications des fichiers PASP et GIPASP ? Comment justifier la présence de données de santé ? Ces fichiers ont une finalité quasi identique, décrite à l'article R236-11 : il s'agit notamment de « recueillir, de conserver et d'analyser les informations qui concernent des personnes physiques ou morales ainsi que des groupements dont l'activité individuelle ou collective indique qu'elles peuvent porter atteinte à la sécurité publique ou à la sûreté de l'État ». La porte d'entrée semble extrêmement large, tant les termes « sécurité publique » et « sûreté de l'État » sont potentiellement très extensifs. La dimension strictement préventive de la finalité ajoute en outre encore à cette extension, puisqu'il ne s'agit pas seulement de ceux qui ont porté atteinte, mais de ceux qui « peuvent porter atteinte ». Une simple potentialité permet le fichage, du simple militant au « e-activiste », en passant par le manifestant régulier ou par le membre d'un mouvement de désobéissance civile par exemple.

Pour ces individus, peuvent donc être collectées les « données de santé révélant une dangerosité particulière ». Le terme est, là aussi, d'une extension très importante, tant il est indéfini. La CNIL dispose d'une définition volontairement très large des données de santé, dans un but de protection (permettre au plus de données possible de se retrouver sous la protection de l'article 6), qui se retourne ici contre lui-même. L'extension protectrice de la définition de ce qu'est une donnée de santé permet ici la collecte liberticide de très nombreuses données :

« Les données à caractère personnel concernant la santé sont les données relatives à la santé physique ou mentale, passée, présente ou future, d'une personne physique (y compris la prestation de services de soins de santé) qui révèlent des informations sur l'état de santé de cette personne. »[20]

Dangerosité – Néanmoins, à bien lire les articles R 236-13 et R 236-23, ce ne sont pas toutes les données de santé qui peuvent être ainsi collectées, mais seules celles qui révèlent une « dangerosité particulière ». Pour autant, en l'absence de définition plus précise, il n'est pas certain que cette précision soit déterminante.

Tout d'abord, qu'est-ce que la dangerosité, ici ? Si le terme est évocateur en matière de « produits dangereux », il est classiquement exclu en matière de responsabilité pénale, puisque la dangerosité est un état supposé de l'individu, et non un acte, le droit pénal ne pouvant – classiquement – intervenir que sur des actes commis (sous le prisme des infractions). C'est toute l'idée du droit pénal moderne issu de la philosophie des Lumières et des pensées de Beccaria[21] et Montesquieu[22] notamment : l'Homme n'est responsable que parce qu'il a agi librement, parce qu'il a exercé son libre arbitre. La dangerosité est une notion totalement étrangère à ce système fondé sur la culpabilité. L'individu dangereux n'est pas coupable d'actes commis, mais dangereux par un état d'existence.

L'insertion d'une telle notion au cœur de dispositifs sécuritaires n'est néanmoins pas nouvelle. En effet, la brèche a été ouverte par la loi du 25 février 2008[23], loi sur les « criminels dangereux »[24], avec la mise en place de la rétention de sûreté et de la surveillance de sûreté. Ces dispositifs, introduits au sein du Code de procédure pénale[25], visent à poursuivre la prise en charge

20 https://www.cnil.fr/fr/quest-ce-ce-quune-donnee-de-sante
21 Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, 1764
22 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748
23 Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental
24 Jean Pradel, Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux, *D.* 2008. 1000.
25 Code de procédure pénale, art. 706-53-13 et s.

pénale d'un auteur d'infraction, alors même qu'il a exécuté sa peine (qu'il a donc « payé sa dette » à la société pour sa culpabilité) au nom même de l'existence d'une « dangerosité particulière ». Celle-ci n'est pas définie davantage que son homologue du Code de la sécurité intérieure, si ce n'est qu'elle doit être caractérisée par « une probabilité très élevée de récidive » elle-même expliquée par un « trouble grave de la personnalité ». Seul est connu précisément l'organe responsable de son identification : il s'agit de la Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté[26]. La finalité n'est ici plus du tout celle de la peine (qui est rétributive) puisqu'il s'agit alors de viser le traitement, la surveillance ou la neutralisation de l'individu.

Ici, sont donc en réalité confondues deux dimensions pourtant totalement distinctes de la dangerosité : la dangerosité criminologique et la dangerosité psychiatrique. L'une relève de l'approche pluridisciplinaire que caractérise la criminologie et du caractère exploratoire propre aux sciences humaines, tandis que l'autre répond à des critères de diagnostic précis établis par un médecin psychiatre. Cette confusion avait été dénoncée très sévèrement par une grande partie de la doctrine juridique en 2008[27] et fait l'objet d'une analyse approfondie notamment dans les travaux de Mireille Delmas-Marty au Collège de France[28]. Dans le même temps, l'évaluation de la dangerosité ne cesse d'être travaillée et précisée (formellement, au moins) à l'aide d'outils à la fois cliniques (entretien psychologique ou psychiatrique classique) et actuariels (méthodes statistiques).

C'est sans doute dans ce dernier mouvement que s'inscrit au moins en partie la collecte des données de santé par les fichiers sécuritaires. En paraissant le rêve d'un monde inspiré de *Minority Report*[29], où les criminels sont arrêtés avant même leur passage à l'acte, pour un crime qu'ils allaient commettre, la finalité nouvelle qui se dessine est celle d'une intervention toujours plus en amont du passage à l'acte. Dans une société où le risque n'est plus toléré[30], où le prix de la liberté n'est plus conscient[31], il faut sans cesse être capable de prévoir, d'identifier et de tracer, pour finalement neutraliser. Les fichiers de police, aidés par le recours aux données massives (*big data*) et aux puissants algorithmes voire par l'usage d'une certaine forme d'intelligence artificielle, deviennent des outils proactifs[32], dont le but est d'identifier, si possible de façon quasiment automatisée, les individus dangereux.

Dans ce calcul, tous les facteurs sont pris en compte, à l'image des outils actuariels utilisés par les criminologues américains[33], et tout est mélangé : données pénales, données personnelles, données de santé, données familiales et informations sur l'entourage, données sociologiques et géographiques, etc. Cette prise en compte globale de l'individu est particulièrement visible dans la modification de l'article R236-2 pour le fichier EASP, qui dresse désormais une liste impressionnante d'informations très diverses rassemblées à l'occasion des enquêtes administratives (c'est-à-dire précisément pour déterminer si un individu est dangereux ou non, et donc s'il peut occuper tel poste ou présenter tel concours de la fonction publique). A côté des informations relatives à la situation personnelle de l'individu, et aux « activités susceptibles de porter atteinte à la

26 Instaurée par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales et son décret d'application n°2007-1169 du 1er août 2007 relatif au placement sous surveillance électronique mobile

27 Par exemple : Geneviève Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité — Droit pénal de l'ennemi », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 1, no. 1, 2010, pp. 69-80.

28 *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Ed. Seuil, 2010

29 Selon le titre du film de S. Spielberg, sorti en 2002. Un policier arrête un individu en prononçant : « Je vous arrête pour le crime que vous alliez commettre ».

30 Ulrich Bech, *La société du risque: sur la voie d'une autre modernité*, 1986

31 François Sureau, *Sans la liberté*, Tract Gallimard, 2019. Le « prix » d'un régime libéral serait l'existence d'un certain risque et d'une certaine délinquance, contrepartie nécessaire de l'existence des libertés.

32 Bilel Benbouzid, « Quand prédire, c'est gérer. La police prédictive aux États-Unis », *Réseaux*, vol. 211, no. 5, 2018, pp. 221-256.

33 Sacha Raoult, « L'évaluation du risque de récidive : l'expert, le politique et la production du « chiffre » », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, no. 3, 2014, pp. 655-667.

sécurité publique ou à la sûreté de l'État », qui constituent des données comportementales, sont ainsi collectées les informations ayant trait aux « facteurs de dangerosité » et aux « facteurs de fragilité ». Ces termes sont ceux mêmes que l'on retrouve dans les outils actuariels développés par les psychologues et criminologues. Les données de santé s'insèrent alors pleinement dans ce calcul et sont pris en compte comme les autres informations.

On peut donc imaginer sans peine que seraient susceptibles d'être collectées à la fois les informations relatives à un suivi psychologique ou psychiatrique, mais aussi plus largement toute donnée médicale. Pourquoi ne pas, par exemple, imaginer que même la bonne santé ou la bonne forme d'un individu jeune peut constituer un facteur de dangerosité, au sens où elle lui permettrait d'être particulièrement agile dans d'éventuelles actions ? L'exemple paraît d'autant plus pertinent que les fichiers mentionnés ont vocation à être utilisés dans le cadre de violences urbaines ou en marge des manifestations notamment. Les règles classiques du secret médical, en l'absence de nouvelle dérogation, s'appliquent bien sûr, mais d'une part, les exceptions y sont légion[34], et d'autre part, la collecte peut se faire via des sources ouvertes (OSINT)[35], à l'image des réseaux sociaux, ou via les outils classiques de surveillance policière (particulièrement développés en police administrative depuis la loi de 2015[36]).

Biopolitique – Le relevé des données de santé parmi ces facteurs pris en compte n'est pas anodin et témoigne d'un autre phénomène, plus global. L'État se saisit des enjeux de santé des individus, pour permettre une gestion globale des individus. La biopolitique est un concept forgé par Michel Foucault[37]. Pour lui, l'État tire, avec la biopolitique, la conséquence de l'impossibilité d'opérer un enfermement généralisé des individus (ce qui était le projet de la société disciplinaire du XIXe siècle), et donc libère en apparence au moins les flux pour opérer la gestion de la population qui est propre à ce nouveau modèle.

Les données de santé font alors partie intégrante des informations que l'État doit pouvoir collecter sur l'individu pour opérer cette gestion des flux. Pour Foucault, la biopolitique est une forme de gouvernementalité (c'est-à-dire un « ensemble constitué par les institutions, les procédures, analyses et réflexions, les calculs et les tactiques qui permettent d'exercer cette forme spécifique [...] de pouvoir qui a pour cible principale la population »[38]) qui va s'attacher à la régulation de l'ensemble des phénomènes dans le milieu ouvert que représente la société, de manière souple. La biopolitique « a affaire à la population, comme problème politique, comme problème à la fois scientifique et politique, comme problème biologique et comme problème de pouvoir »[39].

Ainsi, et c'est particulièrement visible dans les modifications des décrets du 2 décembre 2020, la santé de l'individu est prise en compte au même titre que ses agissements ou que ses opinions politiques, car elle participe de l'évaluation de la dangerosité de l'individu, et donc de la gestion des flux que représente la population.

Démocratie – Cette nouvelle forme de gouvernementalité n'est pas véritablement débattue démocratiquement. Juridiquement, l'atteste la forme réglementaire adoptée comme fondement de

34 Code pénal, art. 226-14
35 Yannick Pech, « Vers une intelligence cyber ? Penser le renseignement augmenté dans la noosphère », *Prospective et stratégie*, vol. numéro 10, no. 1, 2019, pp. 73-102.
36 Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement
37 Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique: cours au Collège de France (1978-79)*, Gallimard, Seuil, 2004
38 Michel Foucault, *Société, population et gouvernement : cours au Collège de France (1977-78)*, Gallimard, Seuil, 2004, p. 111
39 Michel Foucault, *Il faut défendre la société : cours au Collège de France (1976)*, Gallimard, Seuil, 1976, p. 218

ces fichiers, permise par la loi de 1978[40]. D'ailleurs, même lorsque le fichier est créé par voie législative, ce qui est rarement le cas, mais qui l'a été pour les fichiers mis en place dans le cadre de la crise sanitaire, les dispositions sont souvent noyées dans un flot de textes où les traitements de données n'apparaissent que comme accessoires (et sur lesquels le débat devant les assemblées est donc limité)[41].

La question du contrôle de ces fichiers est alors posée[42]. Puisque aucun contrôle du Conseil constitutionnel n'est possible du fait de la nature réglementaire des textes, reste celui d'une part du Conseil d'État (à la fois en tant qu'organe conseil du gouvernement, les décrets étant pris en Conseil d'État en matière de fichiers sécuritaires portant sur des données sensibles, et en tant que juridiction administrative de contrôle) et celui d'autre part de la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL). Si cette dernière doit effectivement être consultée obligatoirement lors de la création ou de la modification de fichiers à finalité sécuritaire[43], elle a perdu son pouvoir de veto en 2004[44] et son avis (qui doit par ailleurs être rendu dans des délais très courts) n'est nullement contraignant pour le pouvoir réglementaire, ce qui en fait un contrôle limité. Les avis rendus ici antérieurement à la publication des décrets du 2 décembre pointent d'ailleurs des risques importants dont le pouvoir réglementaire n'a pas tenu compte[45].

A posteriori, la CNIL peut effectuer des missions de contrôle sur place, mais ne dispose d'aucune sanction contraignante et bénéficie de moyens limités. Le Conseil d'État, dans sa section du contentieux, reste alors, s'il est saisi (ce qui devrait être le cas pour les décrets étudiés ici), le seul véritable rempart face à ce développement, même si les outils désormais classiques de contrôle de nécessité et de proportionnalité semblent bien impuissants face à un tel nouveau système.

L'absence de débats démocratiques sur ces questions est regrettable, tant le modèle de société est influencé par ces dispositions, qui tendent, petit à petit, à substituer au régime classique de liberté / culpabilité, un nouveau paradigme empreint de suspicions, de contrôles et de neutralisation de la dangerosité, dont la crise sanitaire n'est un accélérateur supplémentaire. Pour autant, cette absence n'est pas surprenante, dans la mesure où elle s'inscrit là aussi dans une logique plus globale[46]. L'intelligence collective est congédiée au profit d'un gouvernement des experts, par essence incontestable. La dangerosité, et donc le traitement du risque représenté par certains individus, est une affaire d'expertises (criminologiques, psychologiques, psychiatriques) qui nécessitent la collecte d'un certain nombre de données. Le débat est exclu sur ces questions, comme il l'était d'ailleurs pour la mise en place des fichiers sanitaires liés à la lutte contre la Covid-19[47]. Là aussi, « circulez, il n'y a rien à voir » !

D'ailleurs, à la manière de l'argument anglais rhétorique « nothing to hide » (*rien à cacher*), que craindrait l'individu bien intentionné de la collecte de ces données ? Outre le fait qu'elle puisse concerner tout citoyen (puisqu'il ne s'agit que d'une potentialité, donc nul besoin d'avoir été ou

40 Loi du 6 janvier 1978, art. 31 et 32

41 Exemple des fichiers sanitaires mis en place par la loi du 11 mai 2020.

42 Yoann Nabat, « Comment le fichage policier est-il contrôlé ? », *The Conversation*, 16 décembre 2020, [en ligne] https://theconversation.com/comment-le-fichage-policier-est-il-controle-152030

43 Loi du 6 janvier 1978, art. 34

44 Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel

45 Comme en l'atteste le communiqué de la CNIL du 11 décembre 2020 [en ligne] : https://www.cnil.fr/fr/publication-des-decrets-relatifs-aux-fichiers-pasp-gipasp-et-easp-la-cnil-precise-sa-mission

46 La logique néo-libérale est notamment décrite par Barbara Stiegler (*Il faut s'adapter*, Gallimard, 2019) qui analyse les travaux de Walter Lippmann (*The Good Society*, 1937, non traduit en France)

47 Yoann Nabat, « Fichiers sanitaires : un destin tracé vers la surveillance généralisée ? », *The Conversation*, 10 août 2020 [en ligne] https://theconversation.com/fichiers-sanitaires-un-destin-trace-vers-la-surveillance-generalisee-141894

d'être poursuivi par la justice), cette collecte nouvelle et toujours plus extensive marque encore un peu plus l'abandon des grands principes du droit au respect de la vie privée et familiale, ici dans un angle jusqu'alors protégé : la santé.

Conclusion – Dès lors, comment comprendre cette nouvelle évolution réglementaire procédant à l'extension de la collecte des données dans le cadre de trois fichiers à finalité sécuritaire, jusqu'à l'enregistrement d'informations relatives à la santé ? Il faut sans doute y voir une nouvelle illustration (qui n'est pas la première, et certainement pas la dernière[48]) d'une logique contemporaine préventive et proactive, où la dangerosité tend à remplacer la culpabilité, et où le « quoi qu'il en coûte » s'en prend ici très fortement au respect des libertés fondamentales.

48 GAUTRON Virginie, « Surveiller, sanctionner et prédire les risques : les secrets impénétrables du fichage policier », *Champ pénal*, 2019, n° 17.