

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*"CAMERAS THERMIQUES ET SURVEILLANCE SANITAIRE, QUEL REGIME ?", NOTE
SOUS CE, ORD. REF., 26 JUIN 2020, LIGUE DES DROITS DE L'HOMME, N°441065*

XAVIER BIOY

Référence de publication : Bioy, Xavier (2020) "[Caméras thermiques et surveillance sanitaire, quel régime ?](#)", [Note sous CE, Ord. Réf., 26 juin 2020, Ligue des droits de l'Homme, n°441065](#). Actualité juridique. Droit administratif (AJDA) (44). p. 2568-2575.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

CAMERAS THERMIQUES ET SURVEILLANCE SANITAIRE, QUEL REGIME ?

NOTE SOUS CE, ORD. REF., 26 JUIN 2020, LIGUE DES DROITS DE L'HOMME, N°441065

Caméras « intelligentes », caméras thermiques, caméras pouvant repérer le port du masque dans les lieux publics ou mesurant la distanciation entre deux personnes, caméras embarquées à bord de drones de surveillance d'éventuels rassemblements interdits lors des périodes de confinement, autant de sujets soulevant le droit au respect de la vie privée, sous l'angle des données personnelles mais encore les risques d'exclusion des personnes dans l'accès aux transports et aux services publics (<https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-appelle-la-vigilance-sur-lutilisation-des-cameras-dites-intelligentes-et-des-cameras>, 17 juin 2020).

Cependant, tous ces dispositifs, qui ont en commun leur utilisation face à la covid-19 et de conduire éventuellement à identifier les personnes, relèvent de différentes législations selon les finalités affichées et les usages réels. De manière globale, le règlement général pour la protection des données (RGPD) s'applique si « donnée personnelle » et « traitement » il y a. Mais, si le RGPD a vocation à régir l'ensemble des traitements de données à caractère personnel dans les Etats membres, à la fois dans le secteur public et le secteur privé, il ne s'applique ni aux traitements mis en oeuvre pour l'exercice d'activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit de l'Union européenne, telles que les activités de sûreté de l'Etat ou de défense nationale, ni à ceux mis en oeuvre aux fins de la directive Police-Justice, c'est-à-dire dans le cadre d'activités qui relèvent de la sphère pénale ou qui se rapportent à des activités de police effectuées en amont de la commission d'une infraction pénale, comme les activités préventives de police aux fins de protection contre les menaces pour la sécurité publique susceptibles de déboucher sur une qualification pénale (ce qui exclut néanmoins la surveillance par drones en dépit de la possibilité qu'ils offrent de constater une infraction aux règles sanitaires, notamment au confinement ; CE, ord., 18 mai 2020, n° 440442, *Association La Quadrature du net, Ligue des droits de l'homme*, AJDA 2020. 1552, note X. Bioy ; D.

2020. 1336, obs. P. Dupont, note P. E. Audit ; et 1262, obs. W. Maxwell et C. Zolynski ; AJCT 2020. 530, obs. R. Perray et H. Adda ; Dalloz IP/IT 2020. 573, obs. C. Rotily et L. Archambault). Si ce n'est pas le cas ici des caméras thermiques, le contexte de l'état d'urgence sanitaire a suscité de nouvelles sources d'incriminations qui situent les mesures sanitaires à la lisière entre RGPD et directive Police-Justice.

Dans un avis du 28 avril 2020, le Haut conseil à la santé publique, saisi par la direction générale de la santé, avait recommandé de ne pas mettre en place un dépistage de la covid-19 dans la population, par prise de température, pour un contrôle d'accès à des structures, secteurs ou moyens de transport. Il estimait en effet « qu'elle n'apparaît pas comme une mesure fiable pour repérer les personnes infectées par le virus SARS-CoV-2 et en éviter sa diffusion » (Rapp. relatif à un contrôle d'accès par prise de température dans la préparation de la phase de déconfinement en lien avec l'épidémie à Covid-19, <https://www.hcsp.fr/explore.cgi/avisrapportsdomaine?clefr=810>). Cela ne permettrait de détecter que moins de 20 % des sujets contagieux. Un décret (n° 2020-545 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, art. 4) a néanmoins autorisé cette technique dans le cadre du transport aérien, en application du règlement sanitaire international, et ouvert la légalité d'un refus d'embarquer par les compagnies aériennes en cas de refus de se soumettre au contrôle.

La commune de Lisses, comme plusieurs autres communes ou départements, sans l'avoir formalisé par une délibération, a décidé, à compter du 17 avril 2020, d'une part, d'installer des caméras thermiques fixes et portables dans l'enceinte des locaux des services municipaux, afin de contrôler la température corporelle des personnes entrant dans l'enceinte du pôle administratif de la commune et dans les autres établissements communaux recevant du public et, d'autre part, de déployer plusieurs caméras thermiques portables confiées à des agents municipaux afin qu'à l'entrée des écoles et pendant le temps scolaire ils puissent mesurer la température corporelle des élèves, des enseignants et des personnels municipaux intervenant en milieu scolaire.

Saisi en référé, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif (TA) de Versailles, le 22 mai 2020, a rejeté les conclusions de la requête de la Ligue des droits de l'homme contre ce dispositif. En effet,

après avoir légitimement écarté l'argument tendant à placer les faits sous la coupe du régime de la vidéo-protection (la finalité des caméras thermiques échappe à celle de l'article L. 251-2 du CSI), le premier juge a estimé que, s'il y avait bien traitement de données, ce dernier avait été consenti.

Le Conseil d'Etat parvient à une conclusion inverse en précisant certains points. Il admet d'abord que la condition d'urgence est satisfaite, sans motiver ce point. Il confirme ainsi implicitement l'analyse du premier juge qui a statué eu égard, d'une part, au nombre de personnes susceptibles de faire l'objet des mesures de surveillance litigieuses et, d'autre part, à leurs effets, leur fréquence et leur caractère répété.

Il accepte ensuite de se situer sur le terrain de l'atteinte manifeste à la vie privée, en y associant la liberté d'aller et venir (pour laquelle l'absence de justification laisse songeur). Le juge n'en profite néanmoins pas pour autonomiser le droit à la protection des données personnelles au titre des libertés invocables en référé, comme l'y incite la charte des droits fondamentaux de l'Union. D'un côté, le Conseil d'Etat applique le RGPD, dont une des conditions d'application consiste à se situer dans le champ du droit de l'Union ; d'un autre côté, sa classification des libertés invocables demeure française et ne s'engage pas dans la voie d'une émancipation de la protection des données vis-à-vis de la vie privée.

Alors qu'en apparence les deux situations dans lesquelles les caméras sont déployées semblent proches, le Conseil d'Etat, dans une ordonnance fort pédagogique, les traite pourtant de manière distincte en précisant son interprétation de la notion de traitement au sens du RGPD et en suivant les préconisations de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) qui voit dans les caméras un phénomène dangereux d'accoutumance à la surveillance et à la mesure des comportements et des corps (v., déjà, Délib. n° 2013-339 du 7 nov. 2013). Il en ressort, du point de vue de la protection des libertés, une interprétation scrupuleuse du RGPD qui tient compte des effets induits de la collecte des données de santé. Le caractère sensible des données et l'incertitude quant à la nécessité de leur traitement conduisent le juge à constater une nette disproportion et à renforcer l'obligation, à défaut de pouvoir attester d'un authentique consentement des personnes, d'une évaluation de l'impact de la collecte. Il y a donc lieu, selon lui, d'ordonner à la commune de mettre fin sans délai à l'utilisation des caméras thermiques portables déployées dans les établissements scolaires.

Cette ordonnance permet ainsi de préciser les qualifications en matière de traitement de données et d'en appliquer le régime aux caméras thermiques.

I - La production d'un traitement de données de santé

Le relevé de température, en apparence anodin et utile à la personne elle-même, révèle pourtant un type de données sensibles dont le caractère possiblement identifiant doit faire l'objet d'attention.

A. La notion de données de santé et de données sensibles

Le point 15 de l'article 4 du RGPD définit les « données concernant la santé », comme « les données à caractère personnel relatives à la santé physique ou mentale 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 ». Le considérant 35 précise qu'il devrait s'agir « des informations obtenues lors du test ou de l'examen d'une partie du corps ou d'une substance corporelle ». Elles sont d'abord des données personnelles, ensuite des données sensibles.

L'article 4 du RGPD dispose que l'on entend par « données à caractère personnel », « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable [...] ». Le premier juge avait admis que les deux dispositifs constituaient des traitements de données personnelles même en l'absence de carte de stockage, car « l'ensemble des informations et images qui s'affichent à l'écran, fixe ou mobile, est susceptible d'engendrer l'utilisation de données à caractère personnel » et que « ces matériels ne comportent aucun dispositif technique de nature à éviter, dans tous les cas, que les informations recueillies puissent conduire, au bénéfice d'un autre usage que celui actuellement pratiqué, à rendre les personnes auxquelles elles se rapportent identifiables, compte tenu notamment de la forme corporelle qui s'affiche sur l'écran ». Cette qualification très large et souple contraste avec la faiblesse des exigences liées au régime. Le tribunal de Versailles a en effet considéré qu'il n'était ni obligatoire ni inévitable de passer devant les caméras fixes. Quant aux caméras mobiles de l'école, « leurs modalités de fonctionnement propres font par nature obstacle à toute prise de température

imposée ». Bien qu'il y ait recueil de données personnelles, l'exigence de consentement se trouve établie aux yeux du premier juge qui en conclut « qu'aucun risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques, au sens de ces dispositions, ne saurait en l'espèce être relevé ».

Le Conseil d'Etat a sans doute eu raison de modifier ces deux éléments en appel tout en conservant une interprétation pertinente de ce qu'il faut entendre par données personnelles de santé (sans les confondre cette fois avec toute « information » que n'importe qui pourrait avoir au premier regard).

La presse associe parfois les caméras thermiques aux caméras à reconnaissance faciale, à la fois en raison de la similitude du procédé technique (ou de son apparence) mais aussi en raison d'une commune mesure relative au corps. Or la confusion n'est pas permise. Le relevé de température, donnée certes corporelle, ne relève pas (en principe) du caractère structurant du corps permettant d'individualiser la personne, ce qui est le propre de la biométrie (en ce sens, Comité européen de la protection des données, *Lignes directrices 3/2019 sur le traitement des données à caractère personnel par des dispositifs vidéo*, n^{os} 73 et s.). Données de santé et données biométriques suivent néanmoins un régime similaire étant toutes « sensibles ». Mais les motifs permettant de les collecter diffèrent : les unes pour les politiques publiques de santé (y compris les soins de l'intéressé), les autres pour la sécurité publique (essentiellement la lutte contre le terrorisme). Toutefois, on va voir que l'existence d'un « gabarit » pose la question de l'identification.

B. Santé et identification de la personne

Selon l'article 4 du RGPD, est réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique « qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par [...] des données de localisation [...] un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale ».

Le premier juge avait accordé une importance toute particulière au recours à un « gabarit » qui situe la température corporelle relevée par rapport à une norme attendue et ajoute ainsi une évaluation à la seule donnée ; évaluation qui prélude à la norme que devrait adopter la

personne ainsi révélée porteuse de symptôme. Selon le Conseil d'Etat, « la seule prise de température au moyen d'un appareil électronique ne peut être regardée comme automatisée, dès lors qu'elle se borne à la mesure d'une variable quantifiée. En revanche, le signalement d'un écart à la moyenne, qui suppose que la donnée mesurée soit ensuite comparée à une norme de référence pour aboutir au signalement de la conformité ou de l'écart à la norme, en ce qui concerne les caméras thermiques par l'affichage d'un code couleur, constitue une automatisation du traitement de la donnée qui le fait relever du RGPD ». L'existence d'un gabarit emporte donc la qualification « d'automatisme ». L'automatisation détermine la notion de traitement, même si cette notion est plus large ; elle la caractérise et ouvre au « profilage » qui utilise les données « pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, [...] la santé » (RGPD, art. 4).

Le Conseil d'Etat relève ainsi (pt 22) que les caméras mobiles affichent instantanément les contours d'un corps humain, et un code couleur indiquant l'écart à la normale de la température corporelle. Il est alors possible que « l'image traitée par le système, même non conservée, soit suffisamment précise pour être identifiante ». Mais le juge n'en tire étonnamment pas de conséquence, se rabattant immédiatement sur le contexte du prélèvement qui permettrait à lui seul l'identification. Il eût été intéressant de savoir si le relevé de la forme corporelle (qui pouvait exister aussi pour les caméras fixes et sans agent) pouvait à lui seul être identifiant.

En l'espèce, le Conseil distingue, d'un côté, le dispositif fixe qui donne accès à un bâtiment municipal, pour lequel la possibilité d'identifier n'est pas retenue et, d'un autre côté, les caméras mobiles qui associeraient immédiatement une donnée à une identité en raison même de la manipulation par un agent qui connaît ou peut connaître l'identité de la personne testée, notamment en raison de la restriction de l'accès aux lieux. Là encore, le premier juge avait assimilé les deux cas car rien n'assurait explicitement la confidentialité de l'affichage pour les caméras fixes. Pourtant, le hall d'entrée du bâtiment ne pouvait-il pas être équipé de caméras de vidéo-protection qui pourraient permettre d'identifier les personnes testées pour leur température, voir le résultat ou évaluer leur réaction à la vue du résultat, ou, tout simplement les voir éviter le dispositif ? L'identification ne vient pas de la donnée elle-même mais des modalités de la collecte.

C'était au fond ce que le Conseil d'Etat avait semblé penser dans sa grande prudence à propos des drones de surveillance (pourtant sans reconnaissance faciale ni enregistrement). Il avait considéré qu'il y avait traitement de données personnelles parce que le visionnage des images ou l'hypothèse (pourtant non avérée alors) d'un couplage avec un fichier pouvait permettre l'identification. La distinction qu'il pose désormais ici semble moins excessive et accorder plus de confiance à l'administration municipale qu'à la préfecture de police de Paris. Elle se conforme plus raisonnablement au considérant 26 du RGPD, selon lequel « pour déterminer si une personne physique est identifiable, il convient de prendre en considération l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par le responsable du traitement ou par toute autre personne [...] ».

Alors que le premier juge avait exagéré ses scrupules quant aux qualifications et négligé leurs conséquences, le Conseil d'Etat débusque la légèreté des motifs supposés de la mesure et révèle sa douteuse nécessité.

II - Le régime juridique du traitement de données issues des caméras thermiques

Cette ordonnance permet de préciser la notion de traitement et d'y inclure l'anticipation des risques liés aux libertés avant de les confronter à la double nécessité d'établir clairement les finalités du traitement pour pouvoir en vérifier la proportionnalité.

A. Notion de traitement et finalité de celui-ci

Alors même qu'aucune donnée n'est « enregistrée », c'est-à-dire mémorisée et consultable, la qualification de traitement est retenue par le juge. Le critère effectivement déterminant réside dans les usages possibles des informations, c'est-à-dire pragmatiquement, l'accessibilité des données par une autorité qui peut en tirer des conséquences pour les libertés des sujets identifiables. Si les systèmes permettent la saisie d'une information, par une personne agissant au nom des autorités administratives qui en ont décidé l'emploi, et peuvent décider d'une action, ils doivent être regardés comme donnant lieu à des opérations de collecte

et d'utilisation de données, donc à un « traitement ». La conception demeure à la fois large et finaliste (au sens de l'attention portée aux usages projetés par l'administration), ordonnée aux effets possibles sur la restriction de l'autonomie de l'individu. Dans le cas d'espèce, il s'agit de la possible (et immédiate) éviction des élèves ou des personnels de l'école.

Là encore, cette solution est constante et avait déjà été retenue pour les images captées par les drones de surveillance utilisés par les forces de l'ordre pour s'informer par les airs des rassemblements de population. Alors que le dispositif ne prévoyait pas d'enregistrement, la possibilité qu'il en soit mis en oeuvre a suffi à la qualification de traitement (CE, ord., 18 mai 2020, *Association La quadrature du net*, préc.). Le juge peut donc projeter sur le dispositif ce qu'il imagine être les intentions de l'administration, en particulier lorsqu'il s'agit des forces de l'ordre. Au demeurant, cela peut conduire à priver le dispositif de tout intérêt sanitaire, lorsqu'il ne repose que sur la bonne volonté des usagers ou agents.

A l'inverse donc, lorsqu'une caméra thermique ne donne aux personnes qui le souhaitent qu'une information instantanée, sans intervention d'un tiers ou d'une personne manipulant l'équipement qui pourrait lier l'information à la personne, donc sans aucune conséquence quant à l'accès à un lieu, un bien ou un service, et sans enregistrement ou communication de la donnée autrement qu'à l'intéressé, aucune collecte de donnée n'ayant lieu, la notion de traitement au sens et pour l'application du RGPD se trouve écartée, bien qu'il s'agisse d'utiliser un système informatique pour dégager une information relative au corps ou à la santé.

L'appréciation de la nécessité du traitement commence par rappeler le principe de l'interdiction des traitements de données sensibles. Les données de santé sont placées sous une protection constitutionnelle forte, mais qui n'interdit pas tout traitement nécessaire à la lutte contre une pandémie à condition d'être strictement limité au nécessaire, y compris pour les dispositifs de traçage des porteurs du virus (Cons. const. 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, pt 61, AJDA 2020. 1242, note M. Verpeaux ; D. 2020. 1262, obs. W. Maxwell et C. Zolynski). Cela se traduit par la restriction du champ des données recueillies, du périmètre des responsables de traitements, clairement identifiés, du nombre de personnes ayant accès aux données, de la durée de conservation des données (limitée à trois mois), mais aussi par la pseudonymisation des données, le droit à l'information des personnes concernées et la survivance du droit d'opposition au recueil des données (sur ces questions, L. Cluzel-Métayer, *La datasurveillance*

de la covid-19, RDSS 2020. 918).

La mesure de la température du corps ne doit pourtant pas être assimilée à une donnée proprement biométrique dont la connaissance permet d'identifier, d'individualiser et donc potentiellement localiser une personne. Ces données biométriques bénéficient d'une attention particulière des sources européennes et d'un régime adapté qui passe par une autorisation de la CNIL, comme tout fichier d'intérêt public. Le juge administratif s'oppose à leur utilisation sans nécessité proportionnée et hors procédure ; notamment s'agissant de la reconnaissance faciale, que la région Provence-Alpes-Côte d'Azur souhaitait généraliser dans ses lycées (TA Marseille, 27 févr. 2020, n° 1901249, *Association La Quadrature du Net*, AJDA 2020. 492 ; AJCT 2020. 439, obs. R. Perray et H. Adda ; Dalloz IP/IT 2020. 148, obs. C. Crichton ; CNIL, 29 oct. 2019, <https://www.cnil.fr/fr/experimentation-de-la-reconnaissance-faciale-dans-deux-lycees-la-cnil-precise-sa-position>).

B. Le régime de protection des données

Alors que le premier juge avait eu à se prononcer sur la compatibilité du dispositif avec les articles 8 et 14 de la convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'Etat se limite à la réglementation européenne. Il ne fait guère de doute que la proportionnalité eût été au rendez-vous eu égard à l'absence d'enregistrement des données ; mais la possibilité d'exclure un élève sur cette base aurait sans doute été plus problématique sans garanties supplémentaires de l'adéquation aux nécessités de santé publique (CEDH 18 avr. 2013, n° 19522/09, *K. c/ France*, D. 2013. 1067, et les obs. ; et 2014. 843, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; RSC 2013. 666, obs. D. Roets, pour le cas des fichiers de police des empreintes digitales).

La logique qui sous-tend les normes du RGPD favorise clairement la gestion des données par les personnes elles-mêmes, à leurs risques et périls, sous forme de responsabilisation (CNIL, Délib. n° 2020-046 du 24 avr. 2020 sur l'application mobile). Cela conduit, d'une part, à rendre les dispositifs de lutte contre la pandémie plutôt facultatifs et à survaloriser la place du consentement individuel mais aussi, d'autre part, à lui opposer toujours plus le motif d'intérêt général qui souffre d'un manque de clarté de la répartition des compétences sanitaires.

Quant au principe même du consentement, l'article 9 du RGPD dispose que : « 1. Le traitement des données [...] concernant la santé [...] d'une personne physique sont interdits. / 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'une des conditions suivantes est remplie : a) la personne concernée a donné son consentement explicite au traitement de ces données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques, sauf lorsque le droit de l'Union ou le droit de l'Etat membre prévoit que l'interdiction visée au paragraphe 1 ne peut pas être levée par la personne concernée. »

La CNIL et le Conseil d'Etat semblent faire du consentement, offert comme principale justification à la collecte des données, le motif, presque unique, de légalité du traitement. Cela constitue une lecture plutôt libérale du RGPD qui pourrait être lu de manière plus protectrice par une objectivation de la proportionnalité des mesures, indépendamment de l'existence d'un consentement. Cette tension peut aussi se résoudre par la vérification pragmatique des conditions d'obtention du consentement, pour qu'il demeure « libre » et informé. La CNIL relève ainsi que « le recueil de ce consentement est difficile en pratique, car l'objectif poursuivi par le dispositif ne peut souvent être atteint que si celui-ci est massivement utilisé. De plus, le caractère libre du consentement ne peut être établi si le fait de refuser de se soumettre au dispositif a des conséquences sur l'accès à un service ou à des locaux, etc. » (Caméras dites « intelligentes » et caméras thermiques : les points de vigilance de la CNIL et les règles à respecter, 17 juin 2020).

Cette condition se renforce lorsque les données concernent des mineurs. Le juge évoque l'article 8 du RGPD alors qu'il ne vise que l'offre directe de services de la société de l'information aux enfants, mais en tire l'exigence de consentement des représentants légaux. La soumission de l'enfant au test de température ne peut en effet s'analyser comme un consentement adéquat. La commune de Lisses avait, certes, adressé à chaque famille un formulaire de consentement général aux règles du protocole sanitaire mais cela n'est ni spécifique ni un recueil effectif du consentement.

Quant aux modalités et au réalisme du consentement, l'article 4 du RGPD dispose que doit s'entendre par « consentement » de la personne concernée, « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant

fassent l'objet d'un traitement ». Néanmoins, selon l'article 7 du RGPD, le responsable du traitement doit être en mesure de démontrer que la personne concernée a donné son consentement au traitement.

Comme un cercle vicieux, les motifs pour lesquels une autorité peut vouloir le traitement de données se révèlent être aussi ceux pour lesquels les agents et usagers peuvent se sentir contraints de livrer leurs données, même si légalement aucune obligation ou sanction n'est prévue à leur égard en cas de refus. C'est ce que sous-entendait le premier juge. Lorsqu'au souhait de santé publique (ne pas contaminer autrui) s'ajoutent la demande de l'employeur ou le risque d'être suspecté de cacher des symptômes en cas d'évitement du dispositif, la pression sociale peut suffire à alimenter le sentiment de contrainte. Le consentement n'en serait pas moins juridiquement valable dans l'absolu.

La requête attirait donc l'attention du juge sur la présentation du dispositif par le maire, la charte établie par l'administration et plusieurs représentants du personnel en vue de définir les mesures sanitaires prises et le protocole d'accueil périscolaire, qui, selon les requérants, indiquent explicitement le caractère obligatoire du dispositif. Inversement, aucune pièce ne révèle le caractère purement facultatif. Le juge des référés estime au contraire qu'aucun texte ni information « ne permet de considérer comme contraint ou induit ou même suggéré le recours à cette caméra ».

En l'absence d'obligation explicite, le juge estime, on l'a vu, qu'il n'y a pas traitement. Le Conseil d'Etat semble ici prendre en compte, moins que le premier juge il est vrai, le contexte d'obtention du consentement. Mais son raisonnement s'inverse dans le cas des enfants scolarisés, non seulement par ce qu'ils sont identifiables (donnée personnelle) mais, en outre, parce que les parents savent que cela peut conduire à leur éviction scolaire. La pression, bien réelle, vaut obligation de fait. Le point 24 de l'arrêt semble relever une sorte de vice du consentement.

Tout ceci conduit le juge à penser que, dans les faits, tout indique que le consentement n'est pas la justification adéquate du dispositif voulu par le maire, lequel serait plutôt l'objectif de lutte contre la pandémie, comme élément d'ordre public.

Quant au motif d'intérêt public, le Conseil d'Etat adopte ici une lecture similaire à celle de la

CNIL en proposant une alternative entre consentement et intérêt général (en réalité, il s'agit d'ordre public sanitaire). La mesure peut ainsi avoir sa place dans le cadre d'une politique de prévention par des professionnels de santé (dont le secret médical fournit une garantie en soi) ; mais ce n'est pas le cas ici. Il reste donc la prévention des contaminations par le virus.

La recevabilité de ce motif se fonde à nouveau sur l'article 9 du RGPD selon lequel « g) le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public important, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un Etat membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée ; h) le traitement est nécessaire aux fins de la médecine préventive ou de la médecine du travail, de l'appréciation de la capacité de travail du travailleur, de diagnostics médicaux, de la prise en charge sanitaire ou sociale, ou de la gestion des systèmes et des services de soins de santé ou de protection sociale sur la base du droit de l'Union, du droit d'un Etat membre [...] ». Le considérant 52 estime que la dérogation à l'interdiction devrait concerner des « fins de sécurité, de surveillance et d'alerte sanitaire, de prévention ou de contrôle de maladies transmissibles et d'autres menaces graves pour la santé ». D'ailleurs, le considérant suivant défend l'idée d'un traitement « des catégories particulières de données à caractère personnel qui méritent une protection plus élevée », « à des fins liées à la santé, lorsque cela est nécessaire pour atteindre ces finalités dans l'intérêt des personnes physiques et de la société dans son ensemble » (mais il est vrai qu'il vise là l'évaluation des systèmes de soins de santé eux-mêmes).

Cela appelle donc la nécessité d'un formalisme accru. L'article 35 du RGPD dispose que « 1. lorsqu'un type de traitement, en particulier par le recours à de nouvelles technologies, et compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement, est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement effectue, avant le traitement, une analyse de l'impact des opérations de traitement envisagées sur la protection des données à caractère personnel [...] ». C'est évidemment le cas des données de santé qui voisinent avec le risque de discrimination et peuvent conduire, en période de pandémie, à des mesures d'isolement et de privation de plusieurs libertés.

Il est à noter que le RGPD, tel qu'interprété par la CNIL et le Conseil d'Etat, amène à une

procéduralisation accrue du recours au motif d'ordre public. En effet, l'exigence du consentement peut passer au second plan par nécessité publique mais celle-ci se doit d'être transparente et non plus une « raison d'Etat » ou « raison publique » opaque et performative. Le maintien de l'unilatéralisme repose donc sur l'exigence d'une étude d'impact préalable attestant de l'efficacité de la mesure pour lutter contre la propagation de la pandémie. Le but de l'exigence ainsi rappelée par le juge (après l'Autorité de régulation) est de convaincre, techniquement et scientifiquement, de l'adéquation de la mesure aux objectifs affichés (ou ici supposés). Le Conseil d'Etat insiste, pour les caméras thermiques, sur l'absence de recul pour mesurer leur efficacité et relève le caractère controversé des résultats. Le manque d'adéquation avec l'objectif sanitaire est ainsi patent et doit être mis en face des risques pris du point de vue de l'atteinte à la vie privée. Le juge sanctionne donc la commune pour l'absence d'affichage clair des motifs du dispositif, permettant de l'évaluer. *In fine*, l'ordonnance relève donc que le défaut d'étude d'impact méconnaît l'article 35 du RGPD, ce qui « suffirait en outre à lui seul à entraîner l'illégalité du traitement ».

Il ne s'agit pas que de formalisme mais aussi d'acceptabilité sociale des restrictions aux libertés et donc d'élément d'anticipation sur l'efficacité de la mesure. Cela joue autant sur l'incitation à consentir qu'à l'appréciation de la proportionnalité de la mesure aux enjeux sanitaires. La CNIL a eu l'occasion d'insister là-dessus, et encore à propos des mesures de traçage (CNIL, Décis. n° MED-2020-015 du 15 juill. 2020, mettant en demeure le ministère des solidarités et de la santé à propos de l'application StopCovid).

Reste le problème de la compétence des autorités locales. L'installation des caméras résulte d'une décision implicite dont il n'est pas évident d'établir la base légale faute d'en avoir explicité les motifs. Selon le TA de Versailles, le maire l'a prise en qualité de chef de service, au titre de son pouvoir général d'organisation du service, et non en qualité d'autorité de police administrative générale, de sorte que l'invocation d'une méconnaissance des limites de ce pouvoir est inopérante. C'est en effet le cas à l'égard de ses propres agents, mais aussi des usagers notamment les élèves, mais l'enjeu dépasse ce cercle et s'inscrit dans une lutte générale.

Dans le cas des caméras thermiques disposées dans les bâtiments municipaux ou dans les établissements scolaires, on imagine que le maire a, en effet, pensé agir comme employeur et comme gestionnaire de service public en vue d'assurer la sécurité sanitaire des agents et

usagers au prix d'une interprétation extensive de ses responsabilités. Dans le cadre de la lutte contre la pandémie, une circulaire portant protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de covid-19 a été actualisée le 29 octobre 2020 par le ministère du travail. Une autre circulaire du 29 octobre 2020, relative à la continuité du service public dans les administrations et les établissements publics de l'Etat, dans le contexte de dégradation de la situation sanitaire, détaille les dispositions à prendre dans la fonction publique. Aucune n'habilite une collectivité à installer des caméras thermiques, lesquelles sont estimées éventuellement trop imprécises et généralement inaptes à repérer un porteur asymptomatique, à l'efficacité donc relative et pourtant fort coûteuses pour la collectivité. Mais il paraît que l'impression de sécurité et d'action publique n'ont pas de prix.

Un fondement relatif à la police sanitaire serait-il possible ? L'article L. 1411-1 du code de la santé publique pose que « la Nation définit sa politique de santé afin de garantir le droit à la protection de la santé de chacun » et que « la politique de santé relève de la responsabilité de l'Etat », notamment « la préparation et la réponse aux alertes et aux crises sanitaires ». Les collectivités locales, en tant que telles, ne disposent pas de compétences réglementaires de principe dans le domaine de la lutte contre les maladies contagieuses (O. Renaudie, Les collectivités territoriales à l'épreuve de la crise du Coronavirus, RDSS 2020. 857). Mais il faut compter aussi avec d'autres fondements possibles, comme l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, qui confie au maire le soin de « prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux [...], tels les maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties [...] ». Cette compétence cependant s'efface en période d'état d'urgence sanitaire afin de ne pas nuire à la cohérence d'ensemble de la politique nationale. Seules des considérations d'urgence caractérisée pourraient rétablir le pouvoir d'action du maire (CE, ord., 17 avr. 2020, n° 440057, *Commune de Sceaux*, Lebon T. ; AJDA 2020. 1013, note B. Faure ; AJCT 2020. 250, Pratique G. Le Chatelier ; et 291, Pratique A. Lami et F. Lombard ; et 330, étude Y. Goutal, à propos de l'arrêté du maire de Sceaux ayant instauré le port du masque obligatoire dans l'espace public). Le service communal d'hygiène et de santé peut aussi agir de manière préventive par des actions de désinfection, par exemple.

En toute hypothèse, cette décision du Conseil d'Etat dissuade fortement d'avoir recours aux caméras thermiques en imposant, si on veut qu'elles puissent être un peu utiles en signalant les personnes symptomatiques, une décision générale après étude d'impact et avis de la CNIL.