Commentaire sous CE, ord. réf., 13 octobre 2020, *Le Conseil national du logiciel libre e.a*, n° 444937

Julie Teyssedre
Docteure en droit public

Le *Health Data Hub*¹, qui a vocation à centraliser des données de santé pouvant par la suite être réutilisées afin de favoriser la recherche, a une fois de plus été l'objet d'une décision rendue par le Conseil d'État. Saisi dans le cadre de son office de juge du référé-liberté, le juge administratif a estimé que la centralisation et le traitement de données de santé mis en œuvre par cette Plateforme ne portaient pas une atteinte grave et manifestement illégale aux droits à la protection des données à caractère personnel et au respect de la vie privée.

Le Conseil d'État avait été saisi, une première fois, en juin 2020, par plusieurs requérants qui contestaient l'élargissement des données collectées par la Plateforme à celles en lien avec l'épidémie de la Covid-19² et qui soutenaient l'existence d'une violation, par l'arrêté contesté, de plusieurs dispositions contenues dans le règlement (UE) 2016/679 (ci-après RGPD)³. D'une part, les requérants estimaient que les données collectées devaient faire l'objet d'une anonymisation et que le dispositif institué était incompatible avec le principe de minimisation, les exigences de sécurité et le droit d'information des personnes concernées par le traitement de données. D'autre part, et c'est là l'essentiel, était contesté le fait d'avoir confié à l'entreprise Microsoft, relevant du droit américain, l'hébergement de la Plateforme. Dans son ordonnance rendue le 19 juin 2020, le Conseil d'État a jugé que le transfert potentiel de données vers les États-Unis ne portait pas une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales protégées par le RGPD dans la mesure où la société Microsoft figurait sur la liste des organisations adhérant au "bouclier de protection des données" et que la décision d'exécution

¹ Créé par un arrêté du 29 novembre 2019 portant approbation d'un avenant à la convention constitutive du groupement d'intérêt public « Institut national des données de santé » portant création du groupement d'intérêt public « Plateforme des données de santé ».

² En vertu d'un arrêté du 21 avril 2020 complétant l'arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

³ CE, ord. réf., 19 juin 2020, *Le Conseil national du logiciel libre e.a*, n° 440916, inédit au Lebon.

prise par la Commission, constatant le niveau adéquat de protection offert par cet État tiers⁴, était toujours en vigueur⁵.

L'invalidation par la Cour de justice de cette décision, dans son arrêt de grande chambre rendu le 16 juillet 2020⁶, a donc conduit le Conseil d'État à faire évoluer son approche dans l'ordonnance commentée. S'il a jugé que le contrat conclu avec la société Microsoft garantissait l'absence d'un transfert de données vers les États-Unis (I), le juge administratif a admis l'existence d'un risque d'accès des autorités américaines aux données de santé collectées par la Plateforme (II).

I - La prohibition du transfert de données de santé vers les États-Unis

Tirant les conséquences de l'arrêt rendu par la Cour de justice, le Conseil d'État a tout d'abord jugé que l'invalidation du *Privacy Shield* annihilait la possibilité de transférer des données vers les États-Unis sur le fondement de l'article 45 du RGPD⁷. Il ajoutait qu'un tel transfert ne semblait pas davantage compatible avec les termes de l'article 46 du RGPD dans la mesure où n'existaient pas de garanties appropriées au profit des personnes dont les données seraient consultées par les autorités américaines dans le cadre de leurs programmes de surveillance⁸. Une fois ce constat établi, le juge administratif a recherché si le contrat conclu par la Plateforme avec la société Microsoft Ireland Operations Limited, filiale de Microsoft, garantissait que les données de santé, hébergées aux Pays-Bas, ne puissent pas faire l'objet d'un transfert. Il a à cet égard estimé, d'une part, que l'avenant au contrat, conclu en septembre 2020, permettait à la Plateforme de s'opposer au transfert de données vers les États-Unis⁹ et, d'autre part, que l'arrêté du 9 octobre 2020 l'empêchait d'autoriser cette opération¹⁰.

Bien qu'ayant jugé que les stipulations du contrat permettaient d'éviter un transfert des données collectées par la Plateforme vers les États-Unis, le Conseil d'État a néanmoins estimé opportun d'ordonner la conclusion d'un nouvel avenant garantissant que l'ensemble des données traitées ne puissent faire l'objet d'un tel transfert.

⁴ Décision d'exécution (UE) 2016/1250 de la Commission du 12 juillet 2016 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-États-Unis.

⁵ Pt 25.

⁶ CJUE, gr. ch., 16 juill. 2020, *Facebook Ireland et Schrems*, aff. C-311/18, EU:C:2020:559.

⁷ CE, ord. réf., 13 oct. 2020, *Le Conseil national du logiciel libre e.a*, n° 444937, inédit au Lebon, pt 11.

⁸ *Ibid.*

⁹ Pt 12.

¹⁰ Pt 13.

II - L'accès potentiel des autorités américaines aux données hébergées sur le territoire de l'Union

La mise en exergue de l'incompatibilité du dispositif avec les règles européennes encadrant le traitement des données personnelles ne s'épuisait pas dans ce constat. Les requérants estimaient en effet que le contrat conclu ne permettait pas d'empêcher les autorités américaines d'accéder aux données hébergées sur le territoire de l'Union dans la mesure où pouvait toujours être adressée, à la société Microsoft, une demande d'accès à ces données dans le cadre de la mise en œuvre des programmes de surveillance des États-Unis¹¹. Le Conseil d'État a alors admis, à l'instar de la CNIL, que ne pouvait être pleinement écarté le risque que Microsoft fasse droit à une demande des autorités américaines d'accéder aux données traitées par la Plateforme¹². Pourtant, il n'a pas jugé nécessaire d'ordonner une mesure de sauvegarde des droits à la protection des données et au respect de la vie privée. En effet, après avoir souligné que la Cour de justice ne s'était pas prononcée, dans son arrêt *Schrems II*, sur les conséquences de l'invalidation du *Privacy Shield* pour les traitements de données effectués sur le territoire de l'Union, par une société américaine¹³, le juge administratif relevait que la violation du RGPD n'était qu'hypothétique et que n'existait donc pas d'atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales protégées par cet acte de droit dérivé¹⁴. Il ajoutait, par ailleurs, que le risque identifié devait être mis en balance avec l'intérêt public à poursuivre l'utilisation par la Plateforme des données de santé dans le cadre de la lutte contre la pandémie et la nécessité de recourir aux services offerts par Microsoft, en l'absence d'alternative satisfaisante¹⁵. Prenant enfin acte de la volonté du gouvernement de prochainement désigner un nouveau sous-traitant, le Conseil d'État a invité la Plateforme, dans cet intervalle de temps, à prendre toutes les mesures aptes à garantir une protection effective des données à caractère personnel traitées¹⁶.

Si l'on peut regretter que le Conseil d'État ait fait prévaloir les limites de son office de juge du référé-liberté et l'urgence sanitaire sur les considérations tenant à une protection affermie des données, l'appel d'offre qui sera prochainement lancé pourrait permettre de confier

¹¹ Qui sont fondés sur l'article 702 du FISA et sur l'EO 12333.

¹² Pt 17.

¹³ Pt 18.

¹⁴ Pt 19.

¹⁵ Pt 20.

¹⁶ Pt 21.

l'hébergement de la Plateforme à une société européenne, ce qui renforcerait alors l'indépendance numérique de la France.