

ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris
5, rue Daunou - 75002 PARIS
Tél. 01.53.63.33.10 - Fax 01.45.48.90.09
afoc@afocavocat.eu

JUGE DES RÉFÉRÉS DU
TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE MONTREUIL

MÉMOIRE EN RÉPLIQUE
À LA NOTE EN DÉLIBÉRÉ ADVERSE

N° 2216570

POUR : L'association « La Quadrature du Net » (LQDN).

AU SOUTIEN DE : ████████████████████

CONTRE : L'Université Paris 8

Table des matières

Faits	3
Discussion	4
I Sur la qualification juridique du dispositif litigieux	4
A. En ce qui concerne le traitement de données biométriques lors de la vérification de l'identité du candidat	4
B. En ce qui concerne l'analyse sonore de l'environnement du candidat	5
II Sur l'impossibilité de fonder le dispositif litigieux sur l'exécution d'une obligation contractuelle	7
Bordereau des productions	9

FAITS

1. Dans l'instance n° 2216570, l'audience publique s'est déroulée le mardi 6 décembre 2022 à 14 heures 30.

2. L'exposante a pu rappeler que le traitement litigieux mis en œuvre par les décisions attaquées par ██████████ constitue un traitement de données personnelles, dont des données sensibles, qui n'est fondé sur aucune base légale et qui est manifestement disproportionné.

3. Par une note en délibéré produite le mercredi 7 décembre 2022, l'exposante a réaffirmé par écrit les éléments apportés à l'oral lors de l'audience en réplique aux affirmations de l'Université erronées et directement contredites par les pièces du dossier. Elle a notamment rappelé en quoi le traitement litigieux est un traitement de données sensibles et que les décisions attaquées qui mettent en œuvre le traitement litigieux font grief et peuvent faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir.

4. À la suite de cette note en délibéré de l'exposante, le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil a rouvert l'instruction jusqu'au jeudi 8 décembre 12 heures.

5. Par une note en délibéré produite avant la clôture de l'instruction ainsi repoussée, l'Université de Paris 8 a produit des bons de commande du dispositif litigieux « TestWe » et l'analyse d'impact sur la protection des données (AIPD) de ce logiciel.

6. Bien que l'AIPD produite par l'Université de Paris 8 en défense (*cf.* pièce adverse n° 4) semble datée et incomplète (aucune mention n'est par exemple faite de la fonctionnalité d'analyse du regard, pourtant présentée dans le guide de l'utilisateur, ou encore de la vérification de la pièce d'identité – cette dernière fonctionnalité ayant été confirmée à l'oral par l'Université), elle appelle de la part de l'exposante les observations en réplique suivantes. Celles-ci ne modifient en rien les moyens et conclusions précédemment articulés, que l'exposante réitère expressément.

DISCUSSION

I. Sur la qualification juridique du dispositif litigieux

A. En ce qui concerne le traitement de données biométriques lors de la vérification de l'identité du candidat

7. **En premier lieu**, l'AIPD du dispositif litigieux confirme que des données biométriques sont traitées lors de la vérification de l'identité du candidat.

8. L'AIPD du dispositif litigieux précise dans la « *Description du traitement* » que « *La solution développée par TestWe permet de surveiller des examens et des concours d'entrée aux grandes écoles à distance, via le recours à plusieurs technologies (proctoring, captation du son et reconnaissance faciale)* » (cf. pièce adverse n° 4, p. 2). Pour ce faire, la « *photographie de référence des étudiants* » et des « *photographies prises pendant l'examen* » sont traitées (même pièce, p. 2, bas de page).

9. L'AIPD confirme ainsi la présentation du dispositif de vérification de l'identité faite par l'exposante (cf. mémoire en intervention du 2 décembre 2022, §§ 27–30 ; note en délibéré du 7 décembre 2022, §§ 6–7). Ainsi, le processus « *Photographie de référence* » y est décrit comme « *Prise d'une photographie de référence de l'étudiant lors du test de la solution avant l'examen* ». Ensuite, le processus de « *Comparaison de la photographie de référence* » est décrit comme :

« *Comparaison de la photographie de référence avec une photographie prise de l'étudiant au début de l'examen[.] Puis comparaison de la photographie de référence avec le visage apparaissant sur la caméra pendant toute la durée de l'examen afin de vérifier qu'il s'agit bien de l'étudiant* »

10. Il ressort donc de l'AIPD qu'un traitement de reconnaissance faciale est effectué en début d'épreuve, juste avant de commencer l'examen, puis tout au long de l'examen.

11. Si l’AIPD produite mentionne une comparaison avec une « *photographie de référence de l’étudiant lors du test de la solution avant l’examen* », cette information semble aujourd’hui obsolète. En effet, le guide de l’utilisateur précise bien que la comparaison faciale en début d’épreuve n’est pas faite par rapport à une photographie préalablement fournie « *lors du test de la solution* », mais bien par rapport à une pièce d’identité (cf. pièce n° 4, p. 10). Par ailleurs, l’Université a confirmé, lors de l’audience du 6 décembre 2022, que la pièce d’identité était bien requise.

12. En tout état de cause, indépendamment de l’origine de la photo qui sert à faire cette opération, cette vérification de l’identité constitue bien un traitement de données biométrique. Or, conformément à l’article 6 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés (ci-après « loi Informatique et Libertés ») et 9 du règlement UE n° 2016/679 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 (ci-après « RGPD »), un tel traitement est, en principe, interdit. Seules quelques exceptions permettent de déroger à ce principe, aucune ne l’étant en l’espèce (cf. mémoire en intervention du 2 décembre 2022, §§ 108–117).

13. **Il en résulte que** le traitement litigieux, en ce qu’il consiste en un traitement de données biométriques, est illégal.

B. En ce qui concerne l’analyse sonore de l’environnement du candidat

14. **En deuxième lieu**, l’AIPD produite en défense confirme bien que les sons – incluant les voix – sont traités par le dispositif litigieux.

15. La présentation par l’AIPD du dispositif litigieux montre que celui-ci consiste, entre autres, en une « *captation du son pour la surveillance d’examens* » (cf. pièce adverse n° 4, p. 2). La description du processus de « *Fonctionnalité de captation du son ambiant* » précise ainsi (même pièce, p. 3) :

« *Cette fonctionnalité est couplée avec la reconnaissance faciale (sans analyses croisées de données), et permet de détecter si l’étudiant parle à quelqu’un pendant l’examen (analyse du volume sonore sous forme*

de graphique pour que le surveillant puisse aller écouter les passages au sein desquels il y a du son)[.] La fonctionnalité est active pendant toute la durée de l'examen »

16. Il ressort de cette description que le dispositif litigieux capte en permanence les sons et, lorsque le niveau sonore n'est pas nul, détermine, à l'aide d'une opération de reconnaissance faciale supplémentaire, si ces sons sont des paroles prononcées par le candidat ou un tiers.

17. Ce faisant, **premièrement**, l'opération de traitement sonore par le dispositif litigieux consiste donc à capter tous les sons de l'environnement du candidat, de manière généralisée et indifférenciée. Cette première opération, qualifiable de « *collecte* » au sens du 2) de l'article 4 du RGPD, constitue déjà, en soi, un traitement de données, dont des données sensibles (*cf.* mémoire en intervention du 2 décembre 2022, §§ 23–25).

18. En outre, **deuxièmement**, le dispositif litigieux va chercher à associer ces sons à une personne (le candidat ou un tiers), c'est-à-dire une opération d'« *organisation* » ou de « *structuration* » au sens du 2) de l'article 4 du RGPD. Par ailleurs, cette deuxième opération consistant à procéder à une opération de reconnaissance faciale pour faire ce rapprochement entre sons et personnes, traite doublement des données sensibles (sons et données biométriques).

19. Or, de tels sons constituant des données sensibles, leur traitement est également prohibé par principe par l'article 6 de la loi Informatique et Libertés et 9 du RGPD. Aucune exception du RGPD ne permet de les traiter.

20. **Il en résulte que** le dispositif litigieux, en ce qu'il traite des sons, dont les voix des personnes concernées, est illégal.

II. Sur l'impossibilité de fonder le dispositif litigieux sur l'exécution d'une obligation contractuelle

21. **En troisième lieu**, le dispositif est illégal en ce que l'AIPD indique qu'il est fondé sur la supposée existence d'un contrat entre la société TestWe et l'Université.

22. **En droit**, il ressort de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « CESDH »), du RGPD et de la loi Informatique et Libertés qu'un traitement de données personnelles doit être fondé sur une base légale suffisante (*cf.* mémoire en intervention du 2 décembre 2022, §§ 60–67).

23. Aux termes du 1. de l'article 6 du RGPD :

« Le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie : [...] »

b) le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ; [...] »

24. De même, le considérant 40 du RGPD précise ainsi :

« Pour être licite, le traitement de données à caractère personnel devrait être fondé sur le consentement de la personne concernée ou reposer sur tout autre fondement légitime prévu par la loi, soit dans le présent règlement soit dans une autre disposition du droit national ou du droit de l'Union, ainsi que le prévoit le présent règlement, y compris la nécessité de respecter l'obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ou la nécessité d'exécuter un contrat auquel la personne concernée est partie ou pour prendre des mesures précontractuelles à la demande de la personne concernée. »

25. Ainsi, il ressort du b) du 1. de l'article 6 du RGPD qu'un contrat ne peut

fonder un traitement de données que si la personne concernée est partie au contrat, si le contrat est valide selon les règles de droit interne, et si ce traitement est nécessaire à l'exécution du contrat.

26. Pourtant, **en l'espèce**, aucune des trois conditions pour pouvoir utiliser cette base légale n'est remplie et, contrairement à ce qu'affirme l'AIPD (*cf.* pièce adverse n° 4, p. 4), cette base légale est insusceptible de légalement fonder le traitement litigieux.

27. **Premièrement**, il n'existe aucune relation contractuelle entre le candidat, personne concernée, et la société TestWe. En effet, la seule relation contractuelle alléguée – mais non démontrée – réside entre l'Université Paris 8 et la société TestWe.

28. Par ailleurs, l'AIPD ne prévoit aucunement de contrat entre TestWe et la personne concernée, ce qui suffit, par la seule lecture textuelle du b) du 1. de l'article 6 du RGPD, à écarter cette base légale.

29. **Deuxièmement**, une telle surveillance automatisée – *a fortiori* par un traitement de données sensibles – n'est aucunement nécessaire (*cf.* mémoire en intervention du 2 décembre 2022, §§ 100–107).

30. **Il en résulte que** le traitement litigieux ne peut aucunement se fonder sur l'existence d'un contrat. Partant, il est dépourvu de toute base légale, ce qui le rend *ipso facto* illicite.

PAR CES MOTIFS, l'association La Quadrature du Net, exposante, persiste dans ses conclusions.

Fait à Paris, le 8 décembre 2022

Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris

BORDEREAU DES PRODUCTIONS

Pièces déjà communiquées :

Pièce n° 1 : Statuts de La Quadrature du Net ;

Pièce n° 2 : Pouvoir spécial ;

Pièce n° 3 : Courrier daté du 25 octobre 2019 adressé par la CNIL à la ville de Saint-Étienne concernant un dispositif de surveillance algorithmique des sons ;

Pièce n° 4 : Guide utilisateur de TestWe (URL : https://cdn.testwe.eu/docs/fr/guide_utilisateur.pdf);

Pièce n° 5 : CNIL, « Surveillance des examens en ligne : les rappels et conseils de la CNIL », 20 mai 2020 (URL : <https://www.cnil.fr/fr/surveillance-des-examens-en-ligne-les-rappels-et-conseils-de-la-cnil>);

Pièce n° 6 : Position de la CNIL sur les conditions de mise en œuvre de dispositifs d'analyse algorithmique des images de vidéosurveillance dans l'espace public ;

Pièce n° 7 : CNIL, « Conformité RGPD : comment recueillir le consentement des personnes ? », 3 août 2018 (URL : <https://www.cnil.fr/fr/les-bases-legales/consentement>);

Pièce n° 8 : Site Internet de l'IED, page « Examens », consulté le vendredi 2 novembre à 4 heures 15 (URL : <https://www.iedparis8.net/?-Examens->)

Pièce n° 9 : Requête en intervention volontaire produite dans l'affaire n° 2216571 ;

Pièce n° 10 : Communiqué daté du 5 décembre 2022 du département « programmation et informatique fondamentale » de l'Université Paris 8 (URL : https://informatique.up8.edu/actu/2022-2023.html#2022-12-05_13-12).