

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Les Sénateurs soussignés ont l'honneur de soumettre à votre examen, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, la loi relative à la protection des données personnelles.

Adoptée en lecture définitive par l'Assemblée nationale le 14 mai 2018, la loi relative à la protection des données personnelles vise à adapter la loi Informatique et libertés au « paquet européen de protection des données personnelles » adopté par le Parlement européen et le Conseil le 27 avril 2016. Cet ensemble normatif se compose du règlement général sur la protection des données (« RGPD »), qui entrera en vigueur le 25 mai 2018, et d'une directive sectorielle spécifique aux traitements en matière policière et judiciaire, à transposer avant le 6 mai 2018.

Instrument juridique hybride, le RGPD diffère des règlements classiques en prévoyant plus d'une cinquantaine de « marges de manœuvre » qui sont autant de clauses de souplesse permettant à chaque État membre de préciser certaines dispositions, de ménager des dérogations ou au contraire d'accorder plus de garanties que ce que prévoit le droit européen.

Présentée comme un texte d'application du droit européen, la loi déferée modifie ou insère dans la loi Informatique et libertés de nombreuses dispositions (définitions, voies de recours, pouvoirs de la Commission nationale de l'informatique et des libertés – CNIL, etc.) qui sont pour la plupart applicables uniformément à tous les différents types de traitements de données personnelles : tant à ceux régis par le droit de l'Union européenne (traitements entrant dans le champ du règlement ou dans celui de la directive) qu'à ceux relevant uniquement du droit national (traitements expressément exclus du champ du règlement comme de celui de la directive ou traitements réalisés dans le cadre d'une activité qui ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union).

Le texte déferé a donc, certes, pour objet de transposer en droit interne une directive européenne et de faire application des marges de manœuvre autorisées par un règlement européen, mais ses principales dispositions s'appliquent ainsi de façon transversale et de la même manière tant à des situations régies par le droit européen qu'à des situations placées hors du champ de celui-ci.

Les Sénateurs requérants demandent au Conseil constitutionnel d'examiner et de déclarer contraires à la Constitution les dispositions déferées (et le cas échéant les articles de la loi Informatique et libertés qu'elles modifient¹), tant au regard des exigences de l'article 88-1 de

¹ *Puisqu'en application de sa jurisprudence dite « néo-calédonienne », le Conseil constitutionnel juge que « la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine » (décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, cons. 10).*

la Constitution² (lorsque les dispositions déferées s'appliquent aux situations régies par l'exigence de transposition de la directive ou d'application du RGPD) qu'au regard de l'ensemble des exigences constitutionnelles (lorsque les dispositions déferées s'appliquent aux situations placées hors du champ du droit de l'Union européenne)³.

Sur la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

L'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles ou des principes fondamentaux dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi. Si la simple circonstance que des dispositions législatives accroissent la complexité d'un mécanisme existant ne les rend pas contraires à la Constitution, il faut néanmoins qu'elles « déterminent de façon précise et sans contradiction les nouvelles règles applicables »⁴. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

Le texte déferé méconnaît l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi en raison des importantes et nombreuses **divergences et contradictions non résolues entre, d'une part, les dispositions nationales de la loi Informatique et libertés modifiées par le texte déferé et, d'autre part, les dispositions directement applicables du règlement général sur la protection des données personnelles.**

En amont de l'élaboration du texte déferé, les avis préalables obligatoires sollicités par le Gouvernement étaient déjà parvenus à un tel constat : la CNIL avait ainsi tenu à « dénonc[e]r le défaut de lisibilité de l'état du droit résultant du projet de loi »⁵ et, de même, pour le Conseil d'État, « [le] résultat [était] très insatisfaisant en termes de lisibilité du droit positif »⁶.

Les travaux parlementaires sont venus confirmer ce diagnostic : Pour la commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale⁷, « les différences dans le champ d'application de certains articles [...] peuvent amoindrir la clarté et l'intelligibilité de l'ensemble du texte.

² Dans le cadre du contrôle du respect de cette exigence constitutionnelle pour la transposition des directives, l'appréciation du Conseil se limite à s'assurer, d'une part, que les dispositions législatives de transposition ne méconnaissent pas manifestement la directive qu'elles ont pour objet de transposer et, d'autre part, que la transposition d'une directive n'aille pas à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti (décision n° 2006-540 DC du 2 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, cons. 17 à 20).

³ Décision n° 2015-726 DC du 29 décembre 2015, Loi de finances rectificative pour 2015, cons. 4 à 8.

⁴ Commentaire aux Cahiers de la décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁵ Délibération n° 2017-299 du 30 novembre 2017 de la CNIL portant avis sur un projet de loi d'adaptation au droit de l'Union européenne de la loi n° 78-17 du janvier 1978.

⁶ Avis n° 393836 du Conseil d'État.

⁷ Rapport d'information n° 490 (XV^e législature) de la commission des affaires européennes portant observations sur le projet de loi relatif à la protection des données personnelles et présenté par Mme Christine Hennion, députée.

[...] [L]es inadéquations entre les dispositions conservées de l'ancien texte et celles qui sont directement issues de l'adaptation au règlement ou de la transposition de la directive sont dommageables et sources d'insécurité juridique » ; pour la commission des lois du Sénat, le texte déferé présente « un manque de lisibilité et d'intelligibilité regrettable »⁸.

En particulier, des dispositions modifiées, introduites ou laissées inchangées dans la loi Informatique et libertés par le texte déferé et apparemment toujours en vigueur ne seront en réalité plus applicables concernant les traitements régis par le RGPD, car remplacées par les dispositions d'application directe, et parfois différentes, de ce règlement.

Ces divergences sont de nature à induire gravement en erreur les sujets de droit sur la portée de leurs droits et obligations, par exemple :

- l'article 2 de la loi Informatique et libertés (modifié par l'article [8 A] du texte déferé) énonce un champ d'application qui ne recoupe pas celui résultant de l'article 2 du RGPD (« Champ d'application matériel ») et propose des définitions différentes de celles, plus détaillées, qui s'imposent en vertu de l'article 4 du RGPD (concernant les « données », les « personnes concernées », la notion de « traitement » ou de « fichier ») ;
- l'article 7 de la loi Informatique et libertés (modifié par l'article [14 AA] du texte déferé) énonce les conditions de licéité pour un traitement de données personnelles n'ayant pas reçu le consentement de la personne concernée dans des termes qui diffèrent manifestement de ceux de l'article 6 du RGPD (« Licéité du traitement ») ;
- à l'article 8 de la loi Informatique et libertés (modifié par l'article [7] du texte déferé), relatif aux conditions de licéité du traitement de certaines données dites sensibles, certaines exceptions à l'interdiction de traitement diffèrent de celles prévues au 2 de l'article 9 du RGPD (« Traitement portant sur des catégories particulières de données à caractère personnel ») ; en outre, les délais instaurés pour satisfaire à ce droit à communication et le champ des exceptions prévues divergent entre ces deux textes ;
- l'article 32 de la loi Informatique et libertés (modifié par l'article [14 bis] du texte déferé), relatif à l'obligation d'information incombant au responsable de traitement, instaure en faveur des personnes concernées des droits dont la portée diffère et dont le contenu est lacunaire, bien moins étendu par rapport aux énonciations des articles 13 (« Informations à fournir lorsque des données à caractère personnel sont collectées auprès de la personne concernée ») et 14 (« Informations à fournir lorsque les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée ») du RGPD ;
- l'article 39 de la loi Informatique et libertés (modifié pour coordination par l'article [21] du texte déferé), relatif au droit d'accès, omet certains éléments dont la communication est pourtant prévue par l'article 15 du RGPD (« Droit d'accès de la personne concernée ») ;
- l'article 40 de la loi Informatique et libertés (modifié par l'article [15] du texte déferé), prévoit un droit à l'effacement qui se limite aux données des mineurs collectées dans le cadre de l'offre de service de la société de l'information, importante restriction que n'introduit pas du tout l'article 17 du RGPD, qui généralise au contraire ce droit à toute personne physique (« Droit à l'effacement ["droit à l'oubli"] »).

Le législateur n'a pas, dès lors, déterminé de façon précise et sans contradiction les nouvelles règles applicables, en méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

En outre, le texte déferé ne règle pas clairement les modalités d'application de la loi Informatique et libertés dans certaines collectivités ayant statut de pays et territoires d'outre-

⁸ Rapport n° 350 (2017-2018) de Mme Sophie Joissains, fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif à la protection des données personnelles.

mer (Nouvelle-Calédonie, Polynésie, îles Wallis et Futuna, Terres australes et antarctiques, Saint-Pierre-et-Miquelon et Saint-Barthélemy).

Comme le relève le Conseil d'État dans son avis précité sur ce projet de loi, « *le droit de l'Union ne s'applique pas dans ces territoires : or la loi de 1978 n'a désormais de sens que combinée avec les dispositions d'effet direct du règlement [RGPD]* ». Il est pourtant prévu « *de s'en tenir à l'application dans ces collectivités de la loi du 6 janvier 1978 dans son état antérieur et de renvoyer à la future ordonnance à prendre dans les six mois à compter de la loi d'habilitation, le soin de procéder pour ces collectivités aux adaptations nécessaires* ».

Dans l'attente, il est patent que nos concitoyens, dans ces collectivités, seraient placés dans une situation qui contrevient tant au principe d'égalité qu'à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Le législateur ne saurait, en tout état de cause, renvoyer à une hypothétique norme législative ultérieure, loi ou ordonnance, l'adoption de définitions ou de coordinations complémentaires indispensables pour garantir l'exercice et la jouissance effectifs de droits et libertés fondamentaux, comme il en va, en l'espèce, de la protection de la vie privée et des données personnelles.

Sur la saisine parlementaire de la CNIL pour avis sur certaines propositions de loi (4° de l'article 1^{er})

Le texte déféré prévoit que la CNIL puisse être consultée par le Président de l'Assemblée nationale, par le Président du Sénat ou par les commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi qu'à la demande d'un président de groupe parlementaire sur toute proposition de loi relative à la protection des données à caractère personnel ou au traitement de telles données.

Par comparaison, concernant les avis de la CNIL sur les projets de loi, la loi précise les modalités de leur recueil⁹ et celles de leur diffusion¹⁰.

De même, concernant les avis que le Conseil d'Etat peut être amené à rendre sur une proposition de loi en application de l'article 39 de la Constitution, la loi encadre très précisément les conditions de leur recueil (formes, délais, possibilité d'opposition de l'auteur, etc.) et le Conseil constitutionnel a jugé que les modalités de leur diffusion relevaient tout autant du domaine de la loi¹¹.

Dès lors, en ouvrant à une pluralité de nouveaux acteurs la faculté de saisir la CNIL pour avis sur certaines propositions de loi, et faute de préciser à quel stade de l'examen parlementaire du texte cette saisine est possible, dans quels délais l'avis doit être rendu et quelle publicité peut

⁹ Modalités prévues au a du 4° de l'article 11 de la loi Informatique et libertés et éclairées par la jurisprudence du Conseil d'État qui fait de cette consultation obligatoire un préalable pour la régularité de sa propre saisine sur un projet de loi.

¹⁰ Publicité prévue par l'article 22 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

¹¹ « Les modalités de communication de l'avis rendu par le Conseil d'État sur une proposition de loi sont, dans leur ensemble, au nombre des conditions que la loi doit fixer en vertu du dernier alinéa de l'article 39 de la Constitution » (décision n° 2015-712 DC du 11 juin 2015, Résolution réformant les méthodes de travail du Sénat dans le respect du pluralisme, du droit d'amendement et de la spécificité sénatoriale, pour un Sénat plus présent, plus moderne et plus efficace).

lui être donnée, le législateur n'a pas épuisé sa compétence¹² et les dispositions déferées, qui relèvent du domaine de la procédure parlementaire, ne présentent pas les garanties suffisantes pour qu'il ne soit pas porté atteinte à la clarté et à la sincérité des débats parlementaires.

Sur les pouvoirs de contrôle et de sanction de la CNIL (articles 3, 4 et 6)

Sur la méconnaissance des principes d'indépendance et d'impartialité dans l'exercice du pouvoir de sanction de la CNIL

Le Conseil constitutionnel rattache à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 le droit à un recours juridictionnel effectif, les droits de la défense, le droit à un procès équitable et, enfin, l'impartialité et l'indépendance des juridictions.

Une jurisprudence bien établie de votre Conseil fait application de ces principes aux autorités administratives exerçant un pouvoir de sanction, même sans caractère juridictionnel¹³, comme c'est le cas pour la CNIL.

Le texte déferé opère un renforcement considérable des sanctions administratives pouvant être prononcées par l'autorité à l'encontre des entités ayant méconnu les règles de protection des données, soit que cette violation concerne le RGPD, pour les traitements soumis à son champ d'application, soit que cette violation résulte du non-respect des dispositions de la loi Informatique et libertés, pour tous les autres traitements.

En particulier, le 7° du III de l'article 45 de la loi Informatique et libertés (dans sa rédaction résultant du 2° du I de l'article [6] du texte déferé) prévoit désormais, et de façon transversale pour tous les types de traitements, que la CNIL puisse infliger une amende atteignant jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice d'une entreprise.

Le changement d'échelle est considérable : À titre d'illustration, une sanction pécuniaire de l'ordre de 5 milliards d'euros pourrait donc théoriquement être prononcée à l'encontre d'une très grande entreprise française comme Total. Les amendes encourues à l'avenir sont ainsi sans commune mesure avec le montant maximal de la sanction pécuniaire pouvant être infligée auparavant (3 millions d'euros depuis la loi pour une République numérique) et sans aucun rapport avec celui initialement applicable par la CNIL (150 000 euros), lorsque l'autorité a été dotée en 2004 du pouvoir d'imposer ces sanctions et qu'ont été instaurées les règles procédurales et les garanties qui les assortissaient.

Un tel renforcement du pouvoir de sanction d'une autorité administrative devrait donc normalement s'accompagner d'un accroissement symétrique des droits et garanties offerts aux personnes poursuivies¹⁴, sauf à menacer l'équilibre de la procédure et son caractère équitable, constitutionnellement protégés. Or, en l'espèce, il n'en est rien.

¹² Aux termes de l'article 1^{er} de la loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes : « La loi fixe les règles relatives à la composition et aux attributions ainsi que les principes fondamentaux relatifs à l'organisation et au fonctionnement des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes. »

¹³ Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction].

¹⁴ Pour les traitements soumis au RGPD, le règlement lui-même prévoit d'ailleurs que l'exercice du pouvoir d'imposer des sanctions administratives pécuniaires soit « soumis à des garanties procédurales appropriées conformément au droit de l'Union et au droit des États membres, y compris un recours juridictionnel effectif et une procédure régulière » (article 83 « Conditions générales pour l'imposition d'amendes administratives », § 8).

– Sur l’absence de séparation effective au sein de la CNIL entre, d’une part, les fonctions de poursuite et d’instruction et, d’autre part, les fonctions de jugement et de sanction (article [3] du texte déferé – articles 17 et 18 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés)

Conformément au principe d’impartialité découlant de l’article 16 de la Déclaration de 1789, les fonctions de poursuite et d’instruction doivent être effectivement séparées du pouvoir de jugement et de sanction au sein d’une autorité administrative indépendante dotée par le législateur de telles prérogatives.

En l’espèce, et malgré l’importance des sanctions désormais en jeu, le législateur n’a pas prévu de séparation organique de ces différentes fonctions (à l’instar de celle qui existe, par exemple, pour la Commission de régulation de l’énergie, l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, l’Autorité des marchés financiers ou encore la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet).

Seule garantie nouvelle, l’article [3] du texte déferé (qui modifie les articles 17 et 18 de la loi Informatique et libertés et a été introduit à la demande du Conseil d’État) exclut du délibéré de la formation restreinte le commissaire du Gouvernement et les agents de la commission (sauf secrétariat de la séance).

Si une séparation fonctionnelle peut suffire à satisfaire aux exigences constitutionnelles rappelées plus haut, c’est à la condition que les règles de composition et de délibération de l’autorité soient assorties de garanties légales suffisantes¹⁵.

Tel n’est cependant pas le cas en l’espèce :

– la formation restreinte de la CNIL demeure d’abord une simple émanation élective au sein du collège¹⁶ : s’ils ne peuvent certes participer à l’exercice de certaines attributions¹⁷, les membres de la formation restreinte se réunissent de façon hebdomadaire en séance plénière avec les autres commissaires. Sont ainsi concrètement remises en question tant l’apparence d’indépendance de la formation restreinte chargée de juger et de sanctionner que la réalité opérationnelle de la séparation des fonctions entre membres ;

– surtout, faute de garanties légales sur ce point, les agents des services en charge des sanctions demeurent sous la seule autorité du président de la CNIL¹⁸, c’est-à-dire sous la même autorité fonctionnelle et hiérarchique que ceux qui ont pu instruire une éventuelle plainte ou participer à des contrôles¹⁹. Concernant, en outre, les aspects budgétaires de cette séparation de fonctions,

¹⁵ *Décision n° 2012-280 QPC, précitée.*

¹⁶ *La formation restreinte de la Commission est composée de six membres (un président et cinq autres membres) élus par la Commission en son sein, les membres du bureau n’étant pas éligibles (article 13 de la loi Informatique et libertés).*

¹⁷ *Uniquement les missions de traitement des réclamations et des plaintes, des dénonciations des infractions, et l’exercice des pouvoirs de contrôle.*

¹⁸ *En effet, aux termes de l’article 16 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes : « Toute autorité administrative indépendante ou autorité publique indépendante dispose de services placés sous l’autorité de son président, sous réserve des exceptions prévues par la loi pour les services qui sont chargés de l’instruction ou du traitement des procédures de sanction et de règlement des différends. »*

¹⁹ *Par comparaison, ayant eu à juger de questions similaires à propos du collège de l’Autorité de la concurrence, le Conseil constitutionnel avait noté a contrario que le législateur avait précisément et concrètement organisé pour ce cas la séparation des fonctions d’instruction : « L’article L. 461-4 du code de commerce prévoit que les services d’instruction sont dirigés par un rapporteur général qui est nommé par arrêté ministériel après avis du collège. Ce rapporteur général nomme les rapporteurs généraux adjoints, les rapporteurs permanents ou non permanents et les enquêteurs des services d’instruction. L’autonomie des services d’instruction est prévue jusque dans les questions budgétaires, le législateur confiant au rapporteur général l’ordonnancement des dépenses des services d’instruction. » (décision n° 2012-280 QPC, précitée).*

la loi Informatique et libertés étant également muette à ce sujet, ce n'est qu'un décret qui règle cette question, et il confie au seul président de la CNIL l'ordonnancement de toutes dépenses de l'autorité, y compris pour l'activité des services de la formation restreinte²⁰. Les dispositions de la loi Informatique et libertés modifiées par le texte déferé ne prévoient donc ici aucune des garanties légales nécessaires à l'indépendance fonctionnelle entre les différents services chargés des poursuites ou des sanctions.

– Sur l'insuffisance des garanties offertes par les nouvelles règles gouvernant la procédure de sanction (article [6] du texte déferé - article 45, 46, 47 et 48 de la loi Informatique et libertés ; article 226-16 du code pénal)

Le texte déferé réforme l'enchaînement des différentes sanctions et ouvre la possibilité à la CNIL, pour réprimer des manquements, de prononcer soit un simple avertissement (par le président), soit une mise en demeure (également par son président, éventuellement rendue publique par le bureau), soit d'avoir directement recours à une procédure contradictoire devant la formation restreinte de la CNIL.

– Concernant, d'abord, la possibilité pour le président de la CNIL de prononcer seul des « mises en demeure » (II de l'article 45 de la loi Informatique et libertés dans sa rédaction résultant du 2° du I de l'article [6] du texte déferé), il est notable qu'à la différence de la « mise en demeure » prévue par le régime actuel, cette mesure ne sera plus un préalable à l'engagement ultérieur du pouvoir de sanction de la formation restreinte, mais bien désormais une mesure correctrice autonome²¹. Pouvant être rendue publique, cette mesure possède pour les opérateurs concernés la portée et les effets négatifs d'une sanction (l'effet réputationnel du prononcé d'une telle mesure peut en effet être financièrement extrêmement négatif en raison notamment de la fuite de clients ou de la perte de compétitivité). Cette mesure, qui a ainsi le caractère d'une sanction, est pourtant instruite et décidée par une seule et même autorité, le président de la CNIL, et n'est donc entourée par aucune des garanties d'impartialité requises par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

– Concernant, ensuite, l'absence d'articulation entre différentes sanctions, le texte déferé méconnaît les principes d'égalité devant la loi et de proportionnalité des peines en instaurant simultanément trois procédures (avertissement, mise en demeure, sanction) potentiellement cumulatives, sans qu'aucun critère n'explique dans la loi les raisons qui pourront présider au choix d'une procédure ou d'une autre. Le texte déferé ouvre ainsi la possibilité pour une entreprise qui méconnaîtrait les obligations de la loi Informatique et libertés de faire l'objet de mesures cumulatives et de même portée. Il autorise en outre la CNIL, pour un même manquement, à laisser à certains une chance de mise en conformité après mise en demeure envers mais à passer directement pour d'autres à la procédure contradictoire de sanction envers sans, là encore, que les critères fondamentaux de cette alternative soient précisés et garantis par la loi.

²⁰ « Les dépenses sont ordonnancées par le président de la commission ou par le vice-président délégué » (article 5 du décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés).

²¹ Comme le confirment les travaux parlementaires et la rédaction finalement retenue au III du même article 45, qui précise bien que la formation restreinte peut être saisie en vue de prononcer une sanction « le cas échéant en complément d'une mise en demeure ».

Sur l'atteinte au principe de séparation des pouvoirs et à l'autonomie des pouvoirs publics constitutionnels

Votre Conseil reconnaît valeur constitutionnelle au principe de séparation des pouvoirs en se fondant sur l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789²². Il en a déduit des principes d'autonomie financière²³ et d'autonomie normative²⁴ pour les pouvoirs publics constitutionnels qui bénéficient notamment aux assemblées parlementaires, au Gouvernement ainsi qu'au Conseil constitutionnel et qui ont pour finalité de leur conférer les moyens d'exercer leurs missions constitutionnelles en toute indépendance.

Les dispositions déferées renforcent considérablement les pouvoirs de contrôle de la CNIL (article [4]) : elles étendent le champ des locaux pouvant faire l'objet d'un contrôle sur pièce et sur place, les pouvoirs de communication de documents, restreignent le champ du secret professionnel opposable, favorisent les contrôles en ligne à distance, y compris sous une identité d'emprunt. De même, les pouvoirs de sanction de la CNIL sont grandement accrus (articles [3 et 6]), l'autorité pouvant notamment adresser des mises en demeure ou des injonctions. Tant l'opposition aux opérations de contrôle de la CNIL que la résistance à ses injonctions peuvent être pénalement réprimées²⁵.

Autorité administrative indépendante, la CNIL se trouve dans ces conditions en mesure d'imposer des mesures contraignantes aux personnes publiques et à leurs services, et ce y compris, au sein de l'Etat, aux pouvoirs publics constitutionnels.

En pratique, Gouvernement, Présidence de la République, assemblées parlementaires et Conseil constitutionnel gèrent en effet de nombreux traitements de données personnelles directement liés tant à la gestion de leurs membres et de leur personnel qu'à leurs activités propres et à leurs archives.

Si les juridictions ont été exemptées²⁶ du pouvoir de contrôle de la CNIL sur certains traitements, ce n'est que partiellement : l'exception concerne en effet uniquement ceux régis par le RGPD et effectués dans l'exercice de fonctions juridictionnelles.

Faute de prévoir des exceptions ou de ménager au moins à leur endroit un régime spécifique de contrôle et de sanction, aucune disposition de la loi déferée ne protège ainsi l'activité des pouvoirs publics constitutionnels contre d'éventuelles immixtions de la CNIL. Les dispositions déferées ne permettent dès lors pas une conciliation équilibrée entre, d'une part, la protection de la vie privée et, d'autre part, la nécessaire préservation de l'autonomie des pouvoirs publics constitutionnels qui garantit la séparation des pouvoirs. Ce principe, inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, a été ici manifestement méconnu.

²² *Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989*, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

²³ *Décisions n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001*, Loi organique relative aux lois de finances et *n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001*, Loi de finances pour 2002.

²⁴ *Décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011*, Syndicat des fonctionnaires du Sénat [*Actes internes des Assemblées parlementaires*].

²⁵ Chapitre VIII (art. 50 à 52) de la loi Informatique et libertés et articles 226-16 à 226-24 du code pénal

²⁶ Cf. le 5° de l'article 4 du texte déferé complétant l'article 44 de la loi Informatique et libertés par un paragraphe aux termes duquel : « Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle portant sur les traitements relevant du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 précité et de la présente loi, la Commission nationale de l'informatique et des libertés n'est pas compétente pour contrôler les opérations de traitement effectuées, dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, par les juridictions ».

Concernant le « double consentement conjoint » exigé pour le traitement de certaines données de mineurs âgés de moins de 15 ans (article 14 A du texte déferé – deuxième alinéa de l'article 7-1 [nouveau] de la loi Informatique et libertés)

Introduit par l'Assemblée nationale à l'initiative de la rapporteur de sa commission des lois, l'article [14 A] du texte déferé abaisse de 16 à 15 ans l'âge à partir duquel un mineur peut consentir seul au traitement de ses données concernant l'offre directe de services de la société de l'information.

Le RGPD promeut l'idée que les données à caractère personnel relatives aux enfants nécessitent une protection spécifique « *parce qu'ils peuvent être moins conscients des risques, des conséquences, des garanties et de leurs droits* ». Est en particulier visée l'utilisation abusive des données « à des fins de marketing ou de création de profils de personnalité [et] lors de l'utilisation de services proposés directement à un enfant » (considérant 38). L'article 8 du règlement prévoit que le traitement de données relatives à un enfant, lorsqu'il est fondé sur le consentement et lorsqu'il est effectué dans le cadre de l'offre directe de services de la société de l'information, est licite lorsque le mineur est âgé d'au moins 16 ans.

En revanche, « *lorsque l'enfant est âgé de moins de 16 ans, ce traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, le consentement est donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant.* »

Le règlement laisse la possibilité aux États de l'abaisser jusqu'à un plancher de 13 ans, par une disposition expresse de leur droit national, ce qui est précisément l'objet de l'article [14 A], qui fixe cet âge à 15 ans.

Le deuxième alinéa de l'article 7-1 créé dans la loi Informatique et libertés par l'article [14 A] du texte déferé ajoute cependant une condition supplémentaire de licéité pour ce type de traitements : Il prévoit un double consentement (des parents et du mineur) en-dessous de cet âge, puisqu'il dispose que : « *Lorsque le mineur est âgé de moins de quinze ans, le traitement n'est licite que si le consentement est donné conjointement par le mineur concerné et le ou les titulaires de l'autorité parentale à l'égard de ce mineur.* »

L'introduction par les dispositions déferées de cette condition supplémentaire est directement et manifestement contraire à l'article 8 du RGPD qu'elles ont pourtant comme objet d'appliquer²⁷. Outre qu'elle risque de poser d'insolubles problèmes pratiques pour les parents de très jeunes enfants, cette disposition méconnaît clairement l'exigence d'application du droit européen qui résulte de l'article 88-1 de la Constitution.

Sur les traitements en matière pénale (articles 11, 18 et 19)

Les traitements de données personnelles en matière pénale sont des fichiers particulièrement critiques qui, de l'avis même du Gouvernement, « *peuvent [...] emporter de graves*

²⁷ *Comme le rappelle la Commission européenne elle-même : « La reproduction du texte du règlement mot pour mot dans la loi nationale visant à préciser le règlement devrait être exceptionnelle et justifiée et ne saurait servir à ajouter des conditions ou interprétations supplémentaires au texte du règlement. » (Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Une meilleure protection et de nouvelles perspectives - Orientations de la Commission relatives à l'application directe du règlement général sur la protection des données à partir du 25 mai 2018 » (COM(2018) 43 final - 24.01.2018).*

conséquences si elles sont révélées à autrui, notamment lorsqu'elles sont conservées au-delà des durées de prescription légale²⁸ ».

L'article 11 de la loi déferée tend à élargir, de manière excessive, la liste des personnes autorisées à mettre en œuvre des traitements de données relatives aux condamnations pénales, aux infractions ou aux mesures de sûreté. L'article [11] vise ainsi à permettre :

- la mise en œuvre de traitements de données pénales « *sous le contrôle de l'autorité publique* » sans précision quant à la nature de ce contrôle ;
- la mise en œuvre de traitements de données pénales par des personnes physiques ou morales de droit privé sans autorisation préalable de la CNIL.

L'article 19 de la loi déferée, qui tend à transposer les règles applicables au traitement de données à caractère personnel prévues par la directive (UE) 2016/680, vise à étendre la mise en œuvre des traitements de données à caractère personnel, à des finalités pénales, sans garantie autres que celles prévues pour les fichiers mis en œuvre par l'État.

Ces dispositions portent, selon les sénateurs requérants, une atteinte grave à plusieurs principes de valeur constitutionnelle inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, ce qui justifie leur censure par le Conseil constitutionnel.

Sur l'atteinte aux exigences garanties par l'article 34 de la Constitution

La légalisation de tous les traitements de données personnelles relatives aux condamnations pénales, aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes « effectués sous le contrôle de *l'autorité publique* », sans aucune précision quant à la nature du contrôle exercé ou aux garanties qui entourent ces traitements, est contraire aux exigences constitutionnelles en la matière, et notamment à celles définies par l'article 34 de la Constitution.

En précisant que les traitements en matière pénale peuvent être mis en œuvre « *sous le contrôle de l'autorité publique ou* » par diverses personnes morales de droit privé ou public limitativement énumérées, le législateur a permis la légalisation de fichiers sans qu'aucune condition ou garantie ne soit posée quant à l'identité du responsable de traitement, la finalité des traitements mis en œuvre, la durée de conservation des données ou encore les modalités de transmission de ces données.

Comme l'avait souligné votre Conseil en 2004 à propos de l'article 2 de la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel²⁹, « *en raison de l'ampleur que pourraient revêtir les traitements de données personnelles ainsi mis en œuvre et de la nature des informations traitées* », une telle disposition « pourrait affecter, par ses conséquences, le droit au respect de la vie privée et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

Comme en 2004, demeure « indéterminée la question de savoir dans quelle mesure les données traitées pourraient être partagées ou cédées, ou encore si pourraient y figurer des personnes *sur lesquelles pèse la simple crainte qu'elles soient capables de commettre une infraction* » et la loi reste muette « *sur les limites susceptibles d'être assignées à la conservation des mentions relatives aux condamnations* ».

²⁸ *Étude d'impact du projet de loi.*

²⁹ Conseil constitutionnel, 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC, *loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.*

En 2004, votre Conseil avait considéré que ces précisions « ne sauraient être apportées par les seules autorisations délivrées par la Commission nationale de l'informatique et des libertés » ou par de futures dispositions législatives : considérée « entaché[e] d'incompétence négative », cette disposition avait été déclarée contraire à la Constitution.

L'article 11 de la loi déferée est entaché des mêmes griefs que la disposition précitée de la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés : en l'espèce, le législateur a méconnu sa compétence en n'instaurant pas les garanties appropriées s'agissant d'une atteinte au droit au respect de la vie privée et aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

De plus, les dispositions critiquées ne se bornent pas à tirer les conséquences nécessaires du RGPD.

En effet, il aurait été possible de conserver un régime d'autorisation préalable à la création de ces fichiers en matière pénale car, comme y invite le règlement, la protection des données personnelles instaurée dans chaque État ne doit pas s'affaiblir avec la transposition des textes européens. Le considérant 19 du RGPD précise qu'en matière pénale, en ce qui concerne les traitements relevant du champ d'application du règlement, « les États membres devraient pouvoir maintenir ou introduire des dispositions plus spécifiques pour adapter l'application des règles du présent règlement. Ces dispositions peuvent déterminer plus précisément les exigences spécifiques au traitement de données à caractère personnel par ces autorités compétentes à ces autres fins, compte tenu de la structure constitutionnelle, organisationnelle et administrative de l'État membre concerné. »

Surtout, le RGPD exige la mise en œuvre de garanties « appropriées », à l'exception des traitements de données personnelles directement mis en œuvre par l'État, qui restent soumis à un régime d'autorisation préalable. Il renvoie aux législations nationales le soin de définir les modalités de contrôles de l'autorité publique ou les critères d'une autorisation législative spécifique. La loi française ne respecte pas les dispositions du règlement en ne déterminant pas les autorités incluses dans le champ de « l'autorité publique », ni en rattachant le contrôle exercé au régime d'autorisation préalable prévu par les articles 26 et 27 de la loi informatique et libertés.

Les dispositions de l'article 19, qui tendent à transposer les règles applicables au traitement de données à caractère personnel prévues par la directive (UE) 2016/680, ne répondent pas non plus aux exigences constitutionnelles posées par l'article 34 de la Constitution.

Aucune précision de nature législative ne définit, de manière exhaustive et limitative, les notions de « toute autorité publique compétente ou tout autre organisme ou entité à qui a été confié l'exercice de l'autorité publique » : alors que le Conseil constitutionnel a établi une jurisprudence claire en matière de délégation à une personne privée d'une mission de souveraineté incombant par nature à l'État³⁰, il est de la responsabilité du législateur français d'établir avec précision la liste des personnes morales de droit public ou privé autorisées à mettre en œuvre de tels traitements de données personnelles en matière pénale. De manière générale, les termes apparaissent insuffisamment précis pour assurer une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et les autres droits garantis par la Constitution.

De même, les dispositions du nouvel article 70-2 de la loi Informatique et libertés se contentent de rappeler que les traitements de données personnelles sensibles devront être mis en œuvre

³⁰ Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 ; décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003.

sous réserve de « garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée », sans que ces garanties ne soient définies par la loi. Cette disposition, qui se contente de recopier les termes de la directive, ne transpose pas correctement la directive (UE) 2016/680.

Aucun régime d'autorisation préalable n'est prévu pour les traitements de données personnelles, y compris pour les traitements susceptibles d'engendrer un risque élevé pour les droits et les libertés des personnes physiques.

Ces dispositions apparaissent contraires au considérant 15 de la directive qui souligne que « le rapprochement des législations des États membres ne devrait pas conduire à un affaiblissement de la protection des données à caractère personnel *qu'elles offrent* » et qu'il convient que les États « ne soient pas empêchés de prévoir des garanties plus étendues que celles établies dans la présente directive. »

Pour l'ensemble de ces raisons, l'article [19] du texte déféré apparaît entaché d'incompétence négative.

Sur l'atteinte au droit au respect de la vie privée

Le Conseil constitutionnel rattache le droit au respect de la vie privée à l'article 2 de la Déclaration de 1789³¹. De plus, concernant les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre par les autorités administratives, le Conseil constitutionnel effectue un véritable contrôle de proportionnalité³².

En l'espèce, les dispositions du 2° et du 3° n'assurent pas une conciliation équilibrée entre le respect de la vie privée et les autres droits et libertés garantis par la Constitution.

La suppression du régime de déclaration ou d'autorisation préalable pour les traitements de données personnelles en matière pénale³³ apparaît disproportionnée et contraire au droit au respect de la vie privée.

De plus, s'agissant des dispositions du 2°, relatives aux traitements mis en œuvre par les personnes morales de droit privé collaborant au service public de la justice, aucune garantie n'est apportée quant aux personnes pouvant mettre en œuvre ces traitements. S'il s'agit de les limiter aux seules associations de victimes, il convient de prévoir, a minima, un agrément dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'État.

Les dispositions du 3°, applicables aux traitements mis en œuvre par les victimes, les mis en cause ou pour le compte de ceux-ci, souffrent du même grief : aucune garantie n'est apportée quant à la durée maximale de conservation des informations enregistrées ou aux catégories de personnes autorisées à en être destinataires. Aucune disposition spécifique n'encadre les conditions de transmission de telles données : or, au regard de la sensibilité des données pénales, il apparaît disproportionné de les soumettre aux règles communes du RGPD concernant les conditions de transmission de données personnelles.

En 2004³⁴, des dispositions similaires avaient été censurées alors mêmes qu'elles s'inscrivaient dans le cadre d'un régime d'autorisation préalable délivrée par la CNIL.

³¹ Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, considérant n° 45.

³² Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*.

³³ Ce point résulte des abrogations prévues par l'article [9] de la loi.

³⁴ Conseil constitutionnel, 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC, *loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*.

Concernant l'utilisation des données de santé (article 13)

L'article 13 de la loi déferée maintient, comme l'autorise le RGPD, un régime protecteur assorti de formalités préalables spécifiques pour certains traitements de données à caractère personnel dans le domaine de la santé, en distinguant le cas des finalités de recherche.

Ce texte va ainsi ouvrir aux organismes d'assurance maladie complémentaire privés un accès automatique aux données de santé à caractère personnel issues de la facturation des soins sans avoir à recueillir à chaque fois un accord préalable.

Les sénateurs requérants s'inquiètent, comme ils l'avaient d'ailleurs fait remarquer lors de la discussion du texte en séance³⁵, que le dispositif ainsi prévu ne permette pas de garantir la non-utilisation des données personnelles de santé pour fixer les prix des assurances ainsi que l'impossibilité d'utiliser ces mêmes données à des fins de choix thérapeutique ou médical, entravant ainsi la liberté pour le patient de choisir son médecin et la liberté du médecin de choisir la thérapie la plus adaptée au patient.

Sur l'automatisation intégrale des décisions administratives individuelles (article 14)

L'article 14 de la loi déferée, tout en réaffirmant le principe, déjà énoncé à l'article 22 du RGPD, selon lequel « aucune décision *produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ou l'affectant de manière significative ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel, y compris le profilage* », tend à introduire plusieurs exceptions à ce principe, en faveur :

- d'une part, des décisions nécessaires à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat ou fondées sur le consentement explicite de la personne concernée, conformément aux a et c du 2 du même article 22 ;
- d'autre part, « des *décisions administratives individuelles prises dans le respect de l'article L. 311-3-1 et du chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre IV du code des relations entre le public et l'administration, à condition que le traitement ne porte pas sur des données mentionnées au I de l'article 8 de la [loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés]* ». Il est en outre précisé, en premier lieu, que « ces décisions comportent, à peine de nullité, la mention explicite prévue à l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration », en second lieu, que « pour ces décisions, le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard ». Enfin, aucune décision par laquelle l'administration se prononce sur un recours administratif mentionné au titre I^{er} du livre IV du code des relations entre le public et l'administration ne pourrait être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel.

L'autorisation des décisions administratives individuelles intégralement automatisées, jusqu'ici prohibées, est donc assortie par l'article 14 de la loi déferée de plusieurs garanties :

- ces décisions ne peuvent être fondées sur les données dites « sensibles » mentionnées au I de l'article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, dans sa rédaction issue de l'article 7 de la loi déferée, à savoir les « données à caractère personnel qui révèlent la

³⁵ Amendement 12 rect. de mme Annie Delmont-Koropoulos et ses collègues défendu en séance publique le 21 mars 2018.

prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique ou de traiter des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique » ;

- sous les réserves énoncées à l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration, une telle décision doit comporter, à peine de nullité, la mention explicite prévue au même article et destinée à informer l'intéressé que la décision a été prise sur le fondement d'un traitement algorithmique ; les règles définissant ce traitement et les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées à l'intéressé s'il en fait la demande ;
- ces décisions sont susceptibles de faire l'objet d'un recours administratif dans les conditions prévues au chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre IV du code des relations entre le public et l'administration ;
- une décision par laquelle l'administration se prononce sur un recours administratif ne saurait être elle-même intégralement automatisée ;
- enfin, l'obligation faite au responsable de traitement de « conserver la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard » a pour objet d'éviter que des décisions individuelles ne soient prises par des algorithmes excessivement complexes, voire par des algorithmes « auto-apprenants » dont l'autorité administrative elle-même ne connaîtrait pas le fonctionnement exact.

Malgré ces précautions, ces dispositions portent une atteinte suffisamment grave à plusieurs principes de valeur constitutionnelle pour justifier leur censure.

Sur l'atteinte au principe selon lequel la loi doit être revêtue d'une portée normative et à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

Les dispositions selon lesquelles les décisions administratives individuelles prises sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel, y compris le profilage, sont autorisées à condition d'être « prises dans le respect de l'article L. 311-3-1 et du chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre IV du code des relations entre le public et l'administration », peuvent apparaître dénuées de toute portée normative et s'exposer ainsi à la censure, en ce qu'elles se contentent de faire référence à des garanties prévues par d'autres dispositions légales. Votre Conseil rattache en effet à l'article 6 de la Déclaration de 1789, selon lequel « La loi est l'expression de la volonté générale », ainsi qu'à l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi, le principe selon lequel « sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative³⁶ ».

Toutefois, il n'est pas impossible d'attribuer à ces dispositions une portée normative, à condition d'entendre par là qu'aucune décision dérogeant aux règles de transparence posées à l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration ou aux dispositions du chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre IV du même code relatives aux recours administratifs ne peut également déroger à l'interdiction de principe des décisions intégralement automatisées prévue

³⁶ Conseil constitutionnel, 29 juillet 2004, n° 2004-500 DC, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, cons. 12.

au deuxième alinéa de l'article 10 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, dans sa rédaction issue de l'article [14] de la loi déferée.

Néanmoins, la portée exacte de ces dispositions, même ainsi interprétées, demeure incertaine, en ce que certaines décisions échappent aux règles de transparence prévues à l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration sans pour autant y déroger.

S'agissant, en effet, de la procédure d'inscription des étudiants en premier cycle d'études supérieures, le dernier alinéa du I de l'article L. 612-3 du code de l'éducation dispose qu'« Afin de garantir la nécessaire protection du secret des délibérations des équipes pédagogiques chargées de l'examen des candidatures présentées dans le cadre de la procédure nationale de préinscription [...], les obligations résultant des articles L. 311-3-1 et L. 312-1-3 du code des relations entre le public et l'administration sont réputées satisfaites dès lors que les candidats sont informés de la possibilité d'obtenir, s'ils en font la demande, la communication des informations relatives aux critères et modalités d'examen de leurs candidatures ainsi que des motifs pédagogiques qui justifient la décision prise. »

Dès lors que, dans le cadre de cette procédure, les obligations résultant en particulier de l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration sont « réputées satisfaites » et non pas écartées, il apparaît que l'article [14] de la loi déferée autoriserait à automatiser intégralement l'examen des candidatures et les décisions d'inscription ou de refus d'inscription prononcées à l'issue de cet examen, sans que ces décisions doivent être revêtues de la mention prévue à l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration et sans que les règles définissant le traitement algorithmique utilisé et les principales caractéristiques de sa mise en œuvre doivent être communiquées à l'intéressé à sa demande. L'une des garanties prévues à l'article [14] de la loi déferée semble donc privée d'effet.

Il résulte de l'ensemble de ces considérations qu'à supposer même que l'on puisse leur attribuer une portée normative, les dispositions de l'article 14 relatives aux décisions administratives individuelles, par leur complexité et leur signification incertaine, méconnaissent l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789³⁷.

À défaut d'une censure sur ce fondement, il conviendrait à tout le moins que le Conseil constitutionnel assure l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi par une réserve d'interprétation³⁸.

Sur l'atteinte au principe de l'examen individualisé des données propres à chaque dossier soumis à l'autorité administrative, qui découle des attributions constitutionnelles de cette dernière et des exigences liées à la garantie des droits

En autorisant l'administration à prendre des décisions individuelles sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel, l'article 14 de la loi déferée met à mal le principe, reconnu par la jurisprudence administrative, « selon lequel il revient aux autorités administratives de se livrer à un examen particulier des données propres à chaque dossier³⁹ ».

³⁷ Conseil constitutionnel, 16 décembre 1999, n° 99-421 DC, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, cons. 13.

³⁸ Comme il l'a fait dans sa décision du 17 novembre 2016, n° 2016-739 DC, Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, cons. 98 et 99.

³⁹ Conseil d'État, 27 février 2004, n° 250012 ; 7 mai 2004, n° 249985 ; 11 juin 2004, n° 250016 ; 10 novembre 2004, n° 260160 ; 14 décembre 2004, n° 273176.

Automatiser une procédure de décision implique, en effet, de définir à l'avance quelles circonstances de chaque cas doivent être prises en compte, afin de lui appliquer des règles de portée générale également prédéfinies. L'automatisation empêche l'autorité administrative d'user de son pouvoir d'appréciation en prenant en considération la singularité de chaque dossier, y compris des circonstances qui n'auraient pas été prévues par des règles de portée générale.

Or le principe selon lequel il revient aux autorités administratives de se livrer à un examen particulier des données propres à chaque dossier découle de leurs attributions constitutionnelles. Il doit notamment être rattaché à la charge d'assurer l'exécution des lois qui incombe au Premier ministre et, par délégation, aux ministres, en vertu de l'article 21 de la Constitution, la fonction exécutive consistant non seulement à prendre les règlements nécessaires à l'application des lois, mais aussi à appliquer ces lois et règlements aux situations individuelles.

Le principe d'examen individualisé est également nécessaire à la garantie des droits sans laquelle, aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789, une société n'a point de constitution. La garantie des droits ne serait pas effective si l'administration se voyait autorisée à appliquer les dispositions générales de la loi ou du règlement sans user du pouvoir d'appréciation que lui laissent, le cas échéant, ces dispositions générales pour prendre en considération les circonstances propres à chaque espèce.

Sur l'atteinte au principe selon lequel l'autorité administrative ne saurait prendre des décisions dont elle ignore les facteurs déterminants, qui découle également de ses attributions constitutionnelles et des exigences liées à la garantie des droits

La rédaction de l'article 14 de la loi déferée ne prémunit pas suffisamment contre le risque que des décisions administratives individuelles soient prises sur le seul fondement d'un algorithme dont personne, pas même l'auteur de la décision, ne connaîtrait exactement le fonctionnement.

En effet, alors que les algorithmes de première génération, dits « déterministes », appliquent aux données qui leur sont fournies une suite d'opérations logiques ou mathématiques programmées (sous formes de règles ou d'instructions) par leur concepteur, les algorithmes de seconde génération, dits « auto-apprenants » ou « probabilistes », sont capables de réviser les règles qu'ils appliquent en fonction de l'objectif qui leur est assigné. La technique de l'apprentissage automatique, qui est au fondement de ces algorithmes « auto-apprenants », consiste à alimenter un automate avec une grande quantité de données entre lesquelles il est capable de déceler lui-même des corrélations statistiques et, par conséquent, d'élaborer ses propres catégories et ses propres règles pour parvenir à un certain résultat⁴⁰.

Autoriser l'administration à prendre des décisions individuelles sur le fondement d'algorithmes « auto-apprenants » reviendrait donc à admettre qu'elle puisse prendre de telles décisions sans en connaître elle-même les « motifs » ou plutôt, en l'espèce, les facteurs déterminants. Quoique leur portée soit incertaine, les dispositions selon lesquelles « le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard », ne semblent pas imposer par elles-mêmes que l'auteur de la décision connaisse avec exactitude les facteurs qui ont déterminé celle-ci.

⁴⁰ Le résultat souhaité peut être, par exemple, de sélectionner les locataires les plus solvables (aux fins de conclusion d'un bail), les étudiants qui ont les plus grandes chances de réussir (aux fins d'admission dans un établissement) ou les étrangers les plus susceptibles de menacer l'ordre public (aux fins d'expulsion).

Par-là même, l'article 14 de la loi déferée contrevient, tant aux attributions constitutionnelles de l'autorité administrative, qu'aux exigences liées à la garantie des droits et notamment à celle de sécurité juridique qui découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Sur l'atteinte aux principes de valeur constitutionnelle régissant l'exercice du pouvoir réglementaire

Les règles de fonctionnement d'un algorithme, alors même lorsqu'elles sont susceptibles d'évoluer par l'effet de l'« apprentissage automatique », constituent des règles de portée générale sur le fondement desquelles sont produits des résultats individuels. Si l'administration devait à l'avenir prendre des décisions individuelles sur le seul fondement d'un traitement algorithmique, les règles de fonctionnement de ce traitement seraient donc assimilables à des dispositions réglementaires.

Dans le cas où l'administration emploierait un algorithme « déterministe », il n'est pas certain que l'article 14 de la loi déferée impose que les règles de fonctionnement de l'algorithme soient la simple traduction en langage informatique de dispositions légales ou réglementaires. Pendant plusieurs années, le ministère de l'enseignement supérieur a utilisé, pour affecter les candidats à l'inscription en premier cycle d'études supérieures, un algorithme d'affectation dont les règles de fonctionnement (à savoir les critères d'ordonnement des candidats et la pondération de ces critères) ne reposaient sur aucune base juridique⁴¹.

Dans le cas où l'administration emploierait un algorithme « auto-apprenant », celui-ci déterminerait lui-même ses règles de fonctionnement en fonction de l'objectif poursuivi, sans que l'administration elle-même connaisse ces règles avec exactitude, comme cela a été rappelé. Cela reviendrait pour l'administration à déléguer à un algorithme l'exercice du pouvoir réglementaire, en violation des dispositions constitutionnelles qui attribuent le pouvoir réglementaire au Président de la République, au Premier ministre (et, par délégation, aux ministres) ainsi qu'aux collectivités territoriales⁴².

À plus forte raison, les règles de fonctionnement d'un algorithme « auto-apprenant » ne seraient pas connues des administrés, ce qui contreviendrait au principe de publicité des règlements qui, de même que l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, doit être rattaché aux articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789.

Concernant le fichier de traitement d'antécédents judiciaires « TAJ » (article 23)

Dans une décision n° 2017-670 QPC du 27 octobre 2017, votre Conseil a considéré que le fait de priver les personnes mises en cause dans une procédure pénale de solliciter l'effacement de leurs données constituait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée.

La rédaction proposée par l'article 23 de la loi déferée ne correspond pas aux garanties de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui implique le droit au respect de la vie privée.

⁴¹ Ce fut le cas de l'algorithme d'affectation employé dans le cadre de la procédure dite « Admission post-bac » (APB) de 2009 jusqu'à la publication de la circulaire n° 2017-077 du 24 avril 2017 de la ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, qui fut elle-même annulée par le juge administratif pour défaut de base légale (Conseil d'État, 22 décembre 2017, n°s 410561, 410641, 411913).

⁴² Articles 13, 21 et 72 de la Constitution.

Demeure une atteinte disproportionnée le fait de ne pas permettre la recevabilité des demandes de rectification ou d'effacement des personnes mises en cause dès lors que figure une « mention » sur leur bulletin n°2 du casier judiciaire, alors même que cette mention peut être sans aucun lien avec l'inscription à l'origine de la demande.

De plus, la différenciation du régime entre les personnes relaxées et les personnes concernées par une décision de non-lieu ou de classement sans suite motivée par une insuffisance de charges apparaît également contraire au principe d'égalité entre les personnes.