



Commentaire

Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018

Loi relative à la protection des données personnelles

Le projet de loi relatif à la protection des données personnelles a été délibéré en Conseil des ministres le 13 décembre 2017 et déposé le même jour sur le bureau de l'Assemblée nationale. Après engagement par le Gouvernement de la procédure accélérée, il a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 13 février 2018, puis par le Sénat le 21 mars 2018. Après échec de la commission mixte paritaire, il a été adopté en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale et le Sénat, respectivement, les 12 et 19 avril 2018, avant d'être définitivement adopté par l'Assemblée nationale le 14 mai 2018.

Cette loi a été déférée au Conseil constitutionnel par plus de soixante sénateurs. Ils contestaient la conformité à la Constitution de certaines dispositions de ses articles 1^{er}, 4, 5, 7, 13, 16, 20, 21, 30 et 36. Ils reprochaient également à cette loi, dans son ensemble, de méconnaître l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Dans sa décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les mots « *sous le contrôle de l'autorité publique ou* » figurant au 1^o de l'article 13 de la loi déférée. Il a déclaré conformes à la Constitution les autres dispositions contestées.

Le présent commentaire, après avoir exposé la nature du contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois prises à la suite de certains actes de droit dérivé de l'Union européenne, porte sur l'examen des dispositions relatives à certaines mesures susceptibles d'être prises par le président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), à certains traitements de données à caractère personnel en matière pénale, au consentement exigé pour le traitement des données d'un mineur par certains services en ligne et à la prise de décisions administratives individuelles sur la base d'un algorithme.

I. – Le contrôle par le Conseil constitutionnel des lois de transposition de directives européennes et des lois adaptant le droit interne aux règlements européens

La loi déférée a pour principal objet de modifier la législation nationale en matière de protection des données personnelles, en particulier la loi n° 78-17 du 6 janvier

1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (loi *Informatique et libertés*), afin :

– d'une part, de l'adapter au règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (ou règlement général sur la protection des données – RGPD). Conçu par l'Union européenne comme devant, ainsi que le mentionnent ses considérants, « *assurer un niveau équivalent de protection des personnes physiques et le libre flux des données à caractère personnel dans l'ensemble de l'Union* », ce règlement abroge et remplace la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données , dont la transposition en droit national a été effectuée pour l'essentiel par modification de la loi du 6 janvier 1978 précitée. S'il est entré en vigueur dans l'ensemble de l'Union européenne dès le 25 mai 2018, quel que soit l'état des droits nationaux dans les matières qu'il régit, ce règlement a pour caractéristique d'aménager plus d'une cinquantaine de « marges de manœuvre » permettant aux États membres de préciser certaines de ses dispositions ou de prévoir davantage de garanties qu'il ne le fait lui-même ;

– et, d'autre part, de transposer la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données. Abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI qui avait été transposée en droit français au sein du code pénal, cette directive fixe les règles applicables à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale.

La loi déferée comporte ainsi, notamment, un titre I^{er} comprenant des « *dispositions d'adaptation communes* » au règlement et à la directive, un titre II dédié aux « *marges de manœuvre permises* » par le règlement et un titre III consacré à la transposition de la directive.

Compte tenu de l'objet de cette loi et des griefs articulés à son encontre par les sénateurs requérants, le Conseil constitutionnel a été amené à préciser la portée de son contrôle à l'égard des dispositions législatives prises pour l'adaptation du droit national au droit de l'Union européenne. Il a ainsi complété sa jurisprudence antérieure sur la nature du contrôle qu'il opère sur des lois de transposition d'une directive européenne, en l'étendant aux dispositions législatives procédant d'un règlement européen.

A. – La jurisprudence constitutionnelle sur les lois de transposition de directives de l'Union européenne

* Depuis sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence spécifique aux lois ayant pour objet de transposer en droit interne une directive de l'Union européenne¹.

Selon cette jurisprudence, il résulte de l'article 88-1 de la Constitution² une exigence constitutionnelle de transposer les directives de l'Union européenne.

S'il appartient au juge constitutionnel de veiller, dans le cadre de son contrôle *a priori*³, au respect de cette exigence constitutionnelle, son contrôle est soumis à une double limite, que le Conseil constitutionnel a précisé dans sa décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006⁴.

En premier lieu, la transposition d'une directive ne saurait aller 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. En l'absence de mise en cause d'une telle règle ou d'un tel principe, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent – ni en contentieux *a priori*, ni saisi d'une QPC⁵ – pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne⁶.

Cette jurisprudence, que l'on retrouve également devant le juge administratif lorsqu'il est saisi de dispositions réglementaires transposant une directive

¹ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

² Qui, dans sa rédaction en vigueur, dispose : « *La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007* ».

³ Cette exigence constitutionnelle ne relève pas, en revanche, des droits et libertés que la Constitution garantit et ne peut, dès lors, être invoquée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) : décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 19.

⁴ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

⁵ Décisions n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D. (Transposition d'une directive)* ; n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014, *Société Sephora (Conditions de recours au travail de nuit)*, cons. 6 et 7 (*a contrario*) ; n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash (Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote)*, cons. 9.

⁶ Pour un cas où les mêmes dispositions sont, en fonction de leur champ d'application territoriale, tantôt jugées comme se bornant à tirer les conséquences nécessaires des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, tantôt jugées comme ne procédant pas à une transposition de directive, voir la décision n° 2015-726 DC du 29 décembre, 2015, *Loi de finances rectificative pour 2015*, cons. 7 et 8.

européenne⁷, vise à assurer la cohérence entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique de l'Union européenne. Lorsqu'une méconnaissance des droits et libertés protégés par la Constitution trouve son origine dans un acte de l'Union européenne alors que ces droits et libertés sont également protégés par l'ordre juridique européen, le Conseil constitutionnel laisse le soin d'en assurer le respect au juge de droit commun du droit de l'Union – c'est-à-dire aux juridictions administratives et judiciaires françaises et, le cas échéant, à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Si, en revanche, sont en cause des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, c'est au Conseil constitutionnel lui-même qu'il revient d'en assurer le respect.

En second lieu, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai d'un mois prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la CJUE d'une question préjudicielle afin de lever un éventuel doute sur la portée de la directive. En conséquence, il ne saurait déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer⁸. En tout état de cause, c'est aux juridictions administratives et judiciaires qu'il appartient d'exercer le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France et, le cas échéant, de saisir la CJUE à titre préjudiciel.

En revanche, comme le Conseil constitutionnel l'a jugé dans sa décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, il ressort de la Constitution que cette exigence constitutionnelle de transposition des directives n'a pas pour effet de porter atteinte à la répartition des matières entre le domaine de la loi et celui du règlement telle qu'elle est déterminée par la Constitution⁹. Le grief fondé sur l'incompétence négative peut donc toujours être présenté à l'encontre de dispositions transposant une directive européenne, même si celles-ci se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive. Ainsi que le relevait le commentaire de cette décision, « *en tout état de cause, que l'on soit en présence ou non de dispositions inconditionnelles ou précises, le Conseil constitutionnel contrôle toujours la procédure d'adoption de la loi entrant dans le champ de la transposition de la directive ainsi que le respect par le législateur*

⁷ Conseil d'État, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110 ; Sect., 3 octobre 2016, *Confédération paysanne et autres*, n° 388649.

⁸ Le seul cas de censure à ce titre figure dans la décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, cons. 9.

⁹ Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 53 : « *si la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle, il ressort de la Constitution et notamment de son article 88-4 que cette exigence n'a pas pour effet de porter atteinte à la répartition des matières entre le domaine de la loi et celui du règlement telle qu'elle est déterminée par la Constitution* ». Prononçant une censure sur ce fondement, le Conseil constitutionnel avait alors jugé que « *la déclaration immédiate d'inconstitutionnalité des dispositions contestées serait de nature à méconnaître* » l'exigence constitutionnelle de transposition en droit interne et « *à entraîner des conséquences manifestement excessives* » : dès lors, « *afin de permettre au législateur de procéder à la correction de l'incompétence négative constatée* », le Conseil avait reporté au 1^{er} janvier 2009 les effets de sa déclaration d'inconstitutionnalité (cons. 58).

de la répartition des compétences telle qu'elle a été fixée par la Constitution ». Tel n'est pas le cas, à l'inverse, du grief tiré de la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, dont le Conseil constitutionnel juge qu'il n'y a pas lieu pour lui, dans ce cas, de l'examiner¹⁰.

* Le Conseil constitutionnel a récemment étendu aux stipulations d'un accord international qui relèvent d'une compétence exclusive de l'Union européenne le principe de ce contrôle restreint à l'absence de méconnaissance de l'identité constitutionnelle de la France :

« S'agissant des stipulations de l'accord qui relèvent d'une compétence partagée entre l'Union européenne et les États membres ou d'une compétence appartenant aux seuls États membres, il revient au Conseil constitutionnel (...) de déterminer si ces stipulations contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

« S'agissant, en revanche, des stipulations de l'accord qui relèvent d'une compétence exclusive de l'Union européenne, il revient seulement au Conseil constitutionnel, saisi afin de déterminer si l'autorisation de ratifier cet accord implique une révision constitutionnelle, de veiller à ce qu'elles ne mettent pas en cause une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. En l'absence d'une telle mise en cause, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne de contrôler la compatibilité de l'accord avec le droit de l'Union européenne »¹¹.

* Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a confirmé sa jurisprudence relative au contrôle des dispositions législatives transposant une directive de l'Union européenne (paragr. 2 à 4).

Au paragraphe 4 de cette décision, il a seulement supprimé, dans sa formulation de principe relative au contrôle de l'incompétence négative, la référence à l'article 88-4 de la Constitution. Celle-ci n'était en effet plus pertinente depuis que la nouvelle rédaction du premier alinéa de cet article, applicable depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, ne mentionne plus les actes européens « *comportant des dispositions de nature législative* » pour définir le champ des projets d'actes européens sur lesquels les assemblées parlementaires peuvent se prononcer par des résolutions. Pour justifier ce contrôle du respect par le législateur de l'étendue de sa compétence, le Conseil constitutionnel s'est fondé

¹⁰ Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, cons. 28 à 32.

¹¹ Décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, paragr. 13 et 14.

sur l'ensemble de la Constitution et, plus particulièrement, de façon implicite, sur ses articles 34 et 37.

B. – Le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel sur les lois adaptant le droit interne à un règlement de l'Union européenne

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a étendu sa jurisprudence relative aux lois de transposition d'une directive européenne aux lois ayant pour objet d'adapter le droit interne à un règlement de l'Union européenne.

À la différence des directives, les règlements européens sont d'application directe et n'appellent donc pas de mesures législatives pour prendre effet en droit interne, sauf à ce qu'ils prévoient expressément en faveur des États membres une marge d'appréciation. Tel était le cas, en l'espèce, du RGPD, qui offre des marges de manœuvre au législateur national, que la loi déferée exploitait notamment dans les dispositions de son titre II. Par ailleurs, et en tout état de cause, rien n'interdit au législateur d'intervenir pour rendre la loi conforme au règlement européen.

Dans de telles hypothèses où le législateur intervient afin d'adapter le droit interne à un règlement européen, le Conseil constitutionnel a jugé que, en application de l'article 88-1 de la Constitution, il incombe alors au législateur de respecter ce règlement (paragr. 2).

Le contrôle que le Conseil constitutionnel est ensuite amené à opérer sur une telle loi a la même portée et obéit aux mêmes conditions que celui qu'il exerce sur les lois de transposition d'une directive européenne :

– contrôle restreint à l'absence de méconnaissance de l'identité constitutionnelle de la France lorsque les dispositions législatives se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions du règlement européen ; contrôle entier dans les autres cas. Le Conseil constitutionnel n'a, en revanche, pas repris la référence à des dispositions européennes « *inconditionnelles et précises* », dès lors que ces termes sont spécifiques aux directives, en ce qu'ils conditionnent l'effet direct de leurs dispositions (paragr. 3) ;

– contrôle restreint à l'absence d'incompatibilité manifeste entre le règlement européen et une disposition législative auquel elle adapte le droit interne (paragr. 3) ;

– en toute hypothèse, possible contrôle du respect par le législateur de l'étendue de sa compétence (vérification de l'absence d'incompétence négative) (paragr. 4).

En conséquence, la jurisprudence relative aux implications de l'article 88-1 de la Constitution est désormais ainsi formulée par la décision commentée :

« Aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : "La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007". Ainsi tant la transposition en droit interne d'une directive de l'Union européenne que le respect d'un règlement de l'Union européenne, lorsqu'une loi a pour objet d'y adapter le droit interne, résultent d'une exigence constitutionnelle.

« Il appartient au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive de l'Union européenne, de veiller au respect de cette exigence. Il en va de même pour une loi ayant pour objet d'adapter le droit interne à un règlement de l'Union européenne. Toutefois, le contrôle qu'il exerce à cet effet est soumis à une double limite. En premier lieu, la transposition d'une directive ou l'adaptation du droit interne à un règlement ne sauraient aller 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. En l'absence de mise en cause d'une telle règle ou d'un tel principe, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou des dispositions d'un règlement de l'Union européenne. En second lieu, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne sur le fondement de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En conséquence, il ne saurait déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ou le règlement auquel elle adapte le droit interne. En tout état de cause, il appartient aux juridictions administratives et judiciaires d'exercer le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France et, le cas échéant, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel.

« Il ressort de la Constitution que ces exigences constitutionnelles n'ont pas pour effet de porter atteinte à la répartition des matières entre le domaine de la loi et celui du règlement telle qu'elle est déterminée par la Constitution ».

Cette extension aux lois adaptant le droit interne à des règlements de l'Union européenne des modalités de contrôle des lois de transposition de directives

s'inscrit dans la même logique que la jurisprudence de 2004 et 2006. Dans une optique de sécurité juridique et de cohérence entre les systèmes juridictionnels, elle vise à éviter que plusieurs juges aient à exercer des contrôles concurrents tout en garantissant la protection par le juge constitutionnel de certaines normes spécifiques à l'ordre juridique français¹².

Elle ne remet pas en cause la jurisprudence traditionnelle selon laquelle, lorsqu'il examine une loi sur le fondement des articles 61 et 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne procède pas au contrôle de sa conventionalité, c'est-à-dire à l'examen de sa compatibilité avec les engagements internationaux et européens de la France : un tel moyen « *ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité* » et « *relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires* »¹³.

II. – Sur les mesures prononcées par le président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (article 7)

A. – Présentation des dispositions contestées

Pris pour adapter le droit interne aux articles 58 et 83 du RGPD, le 2^o du paragraphe I de l'article 7 de la loi déferée réécrit l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978 afin de prévoir les différentes mesures et sanctions susceptibles d'être prises par le président de la CNIL ou par la formation restreinte de cette commission en vue de prévenir, mettre fin ou réprimer les manquements commis par les responsables de traitement de données personnelles ou leurs sous-traitants aux dispositions de ce règlement ou de cette loi.

Cet article 45 ainsi réécrit comprend trois paragraphes. Son paragraphe I permet au président de la CNIL de prononcer des avertissements « *lorsque les opérations de traitement envisagées sont susceptibles de violer les dispositions (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 précité ou de la présente loi* ». Son paragraphe II permet au président de la CNIL de mettre en demeure le responsable d'un traitement ou son sous-traitant de prendre des mesures correctrices limitativement énoncées, « *si le manquement constaté est susceptible de faire l'objet d'une mise en conformité* ». À la demande du président, cette mise en demeure peut être rendue publique par décision du bureau de la CNIL. Son paragraphe III prévoit que le président de la CNIL, le cas échéant après avoir adressé un avertissement ou prononcé une mise en demeure, peut saisir la formation restreinte en vue du prononcé de mesures ou sanctions, dont une

¹² On peut à cet égard rappeler que le 2 de l'article 4 du traité sur l'Union européenne stipule que l'Union « *respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* ».

¹³ Décisions n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 précitée, cons. 11 et 12 ; n° 2014-694 DC du 28 mai 2014, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié*, cons. 2.

amende pouvant atteindre, en vertu de la deuxième phrase du 7° du paragraphe III, 20 millions d'euros ou, s'agissant d'une entreprise, 4 % de son chiffre d'affaires.

B. – Analyse de constitutionnalité

1. – Le grief tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité

Les sénateurs requérants soutenaient que, en permettant au président de la CNIL de prononcer des mises en demeure pouvant être rendues publiques, qui constitueraient des sanctions ayant le caractère de punition, le paragraphe II de l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978 méconnaissait le principe d'impartialité dès lors que ces mesures sont instruites et prononcées par une seule et même autorité.

Le grief tiré de la méconnaissance de ce principe, qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789, est opérant à l'encontre des sanctions prononcées par une autorité administrative indépendante agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, ainsi que l'énonce la formulation de principe rappelée au paragraphe 21 de la décision commentée.

Pour trancher la question qui lui est soumise, le Conseil constitutionnel devait donc d'abord se prononcer sur le caractère punitif de la mise en demeure prononcée par le président de la CNIL sur le fondement du premier alinéa du paragraphe II de l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978.

Le Conseil s'était déjà prononcé sur le lien entre les mises en demeure prononcées par des autorités administratives indépendantes et les sanctions qu'elles infligent. Ainsi, dans sa décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013¹⁴, saisi de la mise en demeure prononcée par l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), il avait reconnu qu'elle constituait l'ouverture de la procédure de sanction par le collège de cette autorité. Dans sa décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013¹⁵, saisi de la mise en demeure prononcée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), en revanche, il a écarté ce lien dès lors qu'elle ne constituait pas l'ouverture de la procédure de sanction par ce conseil, mais son « *préalable* ».

En l'espèce, la mise en demeure n'a pas été conçue par le législateur comme le préalable nécessaire à la sanction du manquement du responsable du traitement à une obligation s'appliquant à lui. Tout au plus le paragraphe III nouveau de l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978 prévoit-il que « *lorsque le responsable de*

¹⁴ Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numéricâble SAS et autre (Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes)*.

¹⁵ Décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013, *Société Sud Radio Services et autre (Mise en demeure par le Conseil supérieur de l'audiovisuel)*.

traitement ou son sous-traitant ne respecte pas les obligations résultant du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 précité ou de la présente loi, le président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés peut également, le cas échéant après lui avoir adressé l'avertissement prévu au I du présent article ou, le cas échéant en complément d'une mise en demeure prévue au II, saisir la formation restreinte de la commission en vue du prononcé, après procédure contradictoire, de l'une ou de plusieurs des mesures suivantes, [au nombre desquelles figurent le rappel à l'ordre ou une injonction de se mettre en conformité, le cas échéant sous astreinte] ». Le prononcé de telles sanctions par la formation restreinte n'est cependant pas subordonné à l'intervention préalable d'une mise en demeure par le président de la CNIL.

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a d'abord présenté l'objet de cette mesure : « *lorsqu'un manquement constaté est susceptible de faire l'objet d'une mise en conformité, le premier alinéa du paragraphe II de l'article 45 permet au président de la commission de mettre en demeure le responsable du traitement ou son sous-traitant de prendre les mesures nécessaires à cette fin* » (paragr. 34). Analysant sa portée, il a considéré que cette mesure « *vise ainsi à permettre à son destinataire de se mettre en conformité avec le règlement du 27 avril 2016 ou la loi du 6 janvier 1978* » et que « *Sa méconnaissance n'emporte aucune conséquence* » (même paragr.). Il en a donc déduit implicitement que la mise en demeure n'a pas, par elle-même, la nature d'une sanction ayant le caractère d'une punition. À cet égard, la mesure en cause se distinguait clairement de la mise en demeure prononcée par l'ARCEP qui constituait l'ouverture de la procédure de sanction par cette autorité.

Il a en outre considéré que, contrairement à ce qui était soutenu par les sénateurs requérants, la publicité susceptible d'assortir cette mesure ne lui confère pas davantage cette nature : « *Si cette mise en demeure peut être rendue publique, à la demande du président et sur décision du bureau de la commission, cette publicité ne lui confère pas, en l'espèce, la nature d'une sanction ayant le caractère d'une punition* » (même paragr.).

Par conséquent, le Conseil constitutionnel a écarté comme inopérant le grief tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité (même paragr.).

2. – Le grief tiré de la méconnaissance du principe de proportionnalité des peines

Les sénateurs requérants soutenaient qu'en permettant qu'un même comportement donne lieu successivement à un avertissement ou à une mise en demeure de la part du président de la CNIL puis à des sanctions prises par la formation restreinte de

cette commission, le premier alinéa du paragraphe III de l'article 45 méconnaissait le principe de proportionnalité des peines.

Le grief tiré de la méconnaissance de ce principe, qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789, n'est opérant qu'à l'encontre des peines prononcées par les juridictions pénales et des sanctions ayant le caractère d'une punition.

La nature de sanction ayant le caractère de punition ayant été exclue pour la mise en demeure (cf. *supra*), ne restait au Conseil constitutionnel, avant de trancher la question qui lui était soumise, qu'à se prononcer sur la nature de l'avertissement prononcé par le président de la CNIL sur le fondement du paragraphe I de l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978.

Après avoir rappelé sa formulation de principe en matière de proportionnalité des peines (paragr. 35), le Conseil constitutionnel s'est fondé sur le caractère préventif de l'avertissement, prononcé en amont de la commission de tout manquement, pour exclure une qualification punitive : *« Il ressort du paragraphe I de l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978 que l'avertissement qu'il prévoit est adressé par le président de la commission au responsable d'un traitement de données ou à son sous-traitant lorsque "les opérations de traitements envisagées" sont susceptibles de violer les dispositions du règlement du 27 avril 2016 ou de la loi du 6 janvier 1978. Ainsi, cet avertissement est adressé, à titre préventif, à son destinataire avant même la commission d'un manquement. Il n'est donc pas une sanction ayant le caractère d'une punition »* (paragr. 36).

Ainsi, dès lors que ni les avertissements ni les mises en demeure prononcés par le président de la CNIL ne constituent des sanctions ayant le caractère de punition, le Conseil constitutionnel n'a pu qu'écarter le grief tiré de la méconnaissance du principe de proportionnalité des peines à l'encontre des dispositions prévoyant la possibilité du prononcé d'une sanction par la formation restreinte de la CNIL en complément d'un avertissement ou d'une mise en demeure : *« la circonstance qu'une sanction prévue par le paragraphe III de l'article 45 se cumule avec ces mesures ne saurait être regardé comme constituant un cumul de sanctions. Par conséquent, le grief tiré de la méconnaissance du principe de proportionnalité des peines doit être écarté »* (même paragr.).

III. – Sur les dispositions encadrant certains traitements de données à caractère personnel en matière pénale (article 13)

A.– Présentation des dispositions contestées

* Pris pour adapter le droit interne à l'article 10 du RGPD¹⁶, l'article 13 de la loi déferée modifie l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978 afin de fixer le régime des traitements de données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales, aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes, lorsque ces traitements ne sont pas mis en œuvre par les autorités compétentes à des fins pénales au sens de la directive du 27 avril 2016.

Transposée en droit interne par l'article 30 de la loi déferée – qui insère à cet effet dans la loi du 6 janvier 1978 un nouveau chapitre XIII comportant des articles 70-1 à 70-27 –, cette directive est applicable aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre « *à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces, par toute autorité publique compétente ou tout autre organisme ou entité à qui a été confié, à ces mêmes fins, l'exercice de l'autorité publique* »¹⁷.

Ainsi, pour s'en tenir à l'essentiel, la directive européenne et le chapitre XIII de la loi du 6 janvier 1978 s'appliquent aux fichiers de police et de justice, tandis que l'article 10 du RGPD et les dispositions de l'article 9 de la loi de 1978 modifiées par l'article 13 de la loi déferée s'appliquent aux autres fichiers pouvant – exceptionnellement – comporter des données relevant de la matière pénale.

* Avant l'intervention de la loi déferée, l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, ne permettait la mise en œuvre de traitements de données personnelles relatives « *aux infractions, condamnations et mesures de sûreté* » que par :

« *1° Les juridictions, les autorités publiques et les personnes morales gérant un service public, agissant dans le cadre de leurs attributions légales ;*

¹⁶ Selon lequel « *Le traitement des données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales et aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes fondé sur l'article 6, paragraphe 1, ne peut être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique, ou si le traitement est autorisé par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre qui prévoit des garanties appropriées pour les droits et libertés des personnes concernées. Tout registre complet des condamnations pénales ne peut être tenu que sous le contrôle de l'autorité publique* ».

¹⁷ Nouvel article 70-1 de la loi du 6 janvier 1978, issu de l'article 30 de la loi déferée, contrôlé aux paragraphes 73 et suivants de la décision commentée. Reprenant les termes du considérant n° 12 de la directive européenne, le Conseil constitutionnel a précisé qu'il s'agissait des menaces « *susceptibles de déboucher sur une infraction pénale* » (paragr. 75).

« 2° Les auxiliaires de justice, pour les stricts besoins de l'exercice des missions qui leur sont confiées par la loi ;

« 4° Les personnes morales mentionnées aux articles L. 321-1 et L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle, agissant au titre des droits dont elles assurent la gestion ou pour le compte des victimes d'atteintes aux droits prévus aux livres I^{er}, II et III du même code aux fins d'assurer la défense de ces droits ».

Le 3° que tendait à introduire la loi du 6 août 2004 (*« Les personnes morales victimes d'infractions ou agissant pour le compte desdites victimes pour les stricts besoins de la prévention et de la lutte contre la fraude ainsi que de la réparation du préjudice subi, dans les conditions prévues par la loi »*) avait été censuré par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, pour les motifs suivants :

« Considérant que le 3° de l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978, dans la rédaction que lui donne l'article 2 de la loi déférée, permettrait à une personne morale de droit privé, mandatée par plusieurs autres personnes morales estimant avoir été victimes ou être susceptibles d'être victimes d'agissements passibles de sanctions pénales, de rassembler un grand nombre d'informations nominatives portant sur des infractions, condamnations et mesures de sûreté ; qu'en raison de l'ampleur que pourraient revêtir les traitements de données personnelles ainsi mis en œuvre et de la nature des informations traitées, le 3° du nouvel article 9 de la loi du 6 janvier 1978 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 ; que la disposition critiquée doit dès lors comporter les garanties appropriées et spécifiques répondant aux exigences de l'article 34 de la Constitution ;

« Considérant que, s'agissant de l'objet et des conditions du mandat en cause, la disposition critiquée n'apporte pas ces précisions ; qu'elle est ambiguë quant aux infractions auxquelles s'applique le terme de "fraude" ; qu'elle laisse 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 ; qu'elle ne dit rien sur les limites susceptibles d'être assignées à la conservation des mentions relatives aux condamnations ; qu'au regard de l'article 34 de la Constitution, toutes ces précisions ne sauraient être apportées par les seules autorisations délivrées par la Commission nationale de l'informatique et des libertés ; qu'en l'espèce et eu égard à la matière concernée, le législateur ne pouvait pas non plus se contenter, ainsi que le prévoit la disposition critiquée éclairée par les débats parlementaires, de poser une règle de principe et d'en renvoyer intégralement les modalités d'application à des lois

futures ; que, par suite, le 3° du nouvel article 9 de la loi du 6 janvier 1978 est entaché d'incompétence négative »¹⁸.

Dans la même décision, le Conseil constitutionnel avait émis une réserve d'interprétation selon laquelle le nouvel article 9 de la loi du 6 janvier 1978, tel qu'il résultait de cette déclaration d'inconstitutionnalité, « *ne saurait être interprété comme privant d'effectivité le droit d'exercer un recours juridictionnel dont dispose toute personne physique ou morale s'agissant des infractions dont elle a été victime* »¹⁹. Cette réserve visait à ne pas priver de base légale les traitements mis en œuvre par les personnes morales pour suivre les dossiers contentieux relatifs aux infractions dont elles ont été elles-mêmes victimes.

* L'article 13 de la loi déferée modifie cet article 9 de la loi du 6 janvier 1978 à plusieurs titres.

Son 1° tend à modifier doublement le premier alinéa de l'article 9. D'une part, il adapte la dénomination des traitements en cause à la terminologie européenne issue du règlement, à savoir les traitements de données à caractère personnel relatives « *aux condamnations pénales et aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes* ». D'autre part, il prévoit que de tels traitements peuvent désormais être effectués soit « *sous le contrôle de l'autorité publique* », soit par les personnes énumérées aux 1° à 5° du même article 9.

Les 2° à 4° de l'article 13 modifient le champ de ces personnes énumérées à l'article 9, ainsi autorisées à mettre en œuvre des traitements de données personnelles en matière pénale :

- le 1° de l'article 9 est complété, afin d'y ajouter certaines personnes morales de droit privé collaborant au service public de la justice ;
- est introduit un nouveau 3°, consacré aux personnes victimes ou mises en cause dans une procédure pénale. Ces dispositions ont été présentées dans l'étude d'impact du projet de loi comme prenant en compte la censure et la réserve d'interprétation prononcées dans la décision n° 2004-499 DC précitée. De nombreux traitements ont en effet été autorisés par la CNIL en s'appuyant sur cette réserve (en matière, par exemple, d'infractions constatées par les commerçants sur les lieux de vente ou de lutte contre la contrefaçon) ;
- est ajouté un 5° relatif aux « *réutilisateurs* » des informations publiques figurant dans les décisions rendues par les juridictions judiciaires et administratives, dans

¹⁸ 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*, cons. 11 et 12.

¹⁹ *Ibid.*, cons. 14.

une optique d'*open data* des décisions de justice.

Par ailleurs, alors que les traitements de données à caractère personnel en matière pénale étaient jusqu'alors soumis, en application du 3° du paragraphe I de l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978, à un régime d'autorisation préalable par la CNIL (hors le cas des traitements mis en œuvre par des auxiliaires de justice pour les besoins de leurs missions de défense des personnes), le paragraphe III de l'article 11 de la loi déferée met fin à ce régime, conformément à la logique d'ensemble du règlement européen consistant à alléger les formalités préalables à la mise en place des traitements de données et, corrélativement, à renforcer les contrôles tout au long de la mise en œuvre de ces traitements.

B. – Analyse de constitutionnalité

Les sénateurs requérants reprochaient aux dispositions introduites au premier alinéa, au 1° et au 3° de l'article 9 par, respectivement, le 1°, le 2° et le 3° de l'article 13 de la loi déferée, d'être entachées d'incompétence négative, faute pour le législateur d'avoir suffisamment précisé les catégories de personnes désormais autorisées à mettre en œuvre des traitements de données pénales à des fins autres que policières et judiciaires. Selon eux, en outre, ces dispositions ne comportaient pas les garanties nécessaires à la protection du droit au respect de la vie privée, en particulier en ce qu'elles ne prévoient pas d'autorisation administrative préalable de ces traitements (paragr. 43). Ils ne contestaient pas, en revanche, le nouveau 5° de l'article 9, consacré à la réutilisation des données pénales figurant dans les décisions de justice.

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a distingué le 1° de l'article 13, qui permettait d'effectuer un traitement de données en matière pénale « *sous le contrôle de l'autorité publique* », et les 2° et 3° du même article, qui étendaient la liste des personnes autorisées à mettre en œuvre de tels traitements à celles collaborant au service public de la justice et aux victimes ou mis en cause.

1. – Le 1° de l'article 13

S'agissant du 1° de l'article 13, le Conseil constitutionnel a d'abord rappelé sa formulation de principe en matière d'incompétence négative, selon laquelle il incombe au législateur d'exercer pleinement sa compétence, en l'occurrence, ici, pour fixer les règles relatives aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (paragr. 44).

Après avoir rappelé que l'article 10 du RGPD n'autorise le traitement de données à caractère personnel en matière pénale ne relevant pas de la directive du même jour que dans certaines hypothèses, parmi lesquelles figure la mise en œuvre de tels traitements « *sous le contrôle de l'autorité publique* », le Conseil

constitutionnel a jugé : « *Le législateur s'est borné à reproduire ces termes dans les dispositions contestées, sans déterminer lui-même ni les catégories de personnes susceptibles d'agir sous le contrôle de l'autorité publique, ni quelles finalités devraient être poursuivies par la mise en œuvre d'un tel traitement de données. En raison de l'ampleur que pourraient revêtir ces traitements et de la nature des informations traitées, ces dispositions affectent, par leurs conséquences, les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Dès lors, les mots "sous le contrôle de l'autorité publique ou" sont entachés d'incompétence négative* » (paragr. 45).

Ces dispositions avaient en effet ceci de spécifique qu'elles autorisaient la mise en œuvre d'un traitement de données en matière pénale, sans préciser en rien quelles personnes pourraient bénéficier de cette autorisation, ni au nom de quelles finalités. Elles se différenciaient ainsi des dispositions énonçant limitativement, aux 1° à 5° de l'article 9 modifié de la loi du 6 janvier 1978, les personnes susceptibles de mettre en œuvre de tels traitements (voir le point 2 ci-après), ainsi que des dispositions de l'article 30 de la loi déferée transposant la directive précitée qui, comme l'a souligné le Conseil constitutionnel, ne s'appliquent qu'à tout autre organisme ou entité « *à qui une disposition de droit interne* » a confié, aux « *mêmes fins* » de caractère pénal, l'exercice de l'autorité publique et des prérogatives de puissance publique (paragr. 75).

Dans ses observations devant le Conseil constitutionnel, le Premier ministre, afin de défendre la constitutionnalité de la disposition figurant au 1° de l'article 13, faisait valoir qu'elle « *reprend les termes mêmes des dispositions précises et inconditionnelles de l'article 10 du RGPD et ne saurait donc être utilement contestée* ». Toutefois, d'une part, d'une manière générale, ainsi que cela résultait de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de transposition de directives²⁰, les exigences constitutionnelles découlant de l'article 88-1 ne priment pas sur les règles de compétence fixées dans la Constitution et, dès lors, ne limitent pas le pouvoir du juge constitutionnel de s'assurer que le législateur n'est pas resté en deçà de sa propre compétence, y compris lorsqu'il s'est borné à tirer les conséquences nécessaires de dispositions européennes. D'autre part, en l'espèce, le Conseil constitutionnel a considéré que l'article 10 du RGPD, qui autorise, par exception, les États membres à prévoir des traitements de données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales, aux infractions et aux mesures de sûreté, ne limite pas les garanties qui peuvent, dans ce cas, être adoptées par chaque État, en plus de celles énoncées par le RGPD.

Or, au regard des exigences de l'article 34 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur ne pouvait se borner à reproduire à

²⁰ Voir la décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 précitée, cons. 53.

l'identique les termes « *sous le contrôle de l'autorité publique* » figurant à l'article 10 du RGPD, sans préciser les catégories de personnes susceptibles de mettre en œuvre, sous un tel contrôle, des traitements de données personnelles en matière pénale, et sans préciser les finalités d'un tel traitement. Compte tenu de leur portée indéterminée, le Conseil constitutionnel a souligné, dans le sillage de sa décision n° 2004-499 DC précitée, que les dispositions contestées affectaient les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, qui relèvent de la compétence du législateur, en raison de l'ampleur que pourraient revêtir ces traitements et de la nature des informations traitées. Il a donc censuré ces dispositions comme entachées d'incompétence négative.

Compte tenu de cette censure, dès lors que l'article 10 du règlement européen dispose qu'un tel traitement de données personnelles en matière pénale ne peut – notamment – « *être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique* », il revient donc au législateur, s'il souhaite adapter le droit interne à ces dispositions, de préciser quelles catégories de personnes pourraient en bénéficier et au nom de quelles finalités.

2. – Les 2° et 3° de l'article 13

S'agissant des 2° et 3° de l'article 13, le Conseil constitutionnel a d'abord rappelé sa formulation de principe relative au droit au respect de la vie privée lorsque sont en cause la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel (paragr. 47).

Le grief tiré de la méconnaissance du droit au respect de la vie privée pouvait être utilement discuté devant le Conseil constitutionnel²¹, dès lors que les dispositions contestées ne se bornaient pas à tirer les conséquences nécessaires de dispositions du RGPD, mais exploitaient une marge de manœuvre laissée aux États membres par son article 10 précité, selon lequel un traitement de données relatives aux condamnations pénales, aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes peut être effectué si ce traitement est autorisé « *par le droit d'un État membre qui prévoit des garanties appropriées pour les droits et libertés des personnes concernées* ».

Le Conseil constitutionnel s'est tout d'abord attaché à déterminer s'il existait un motif d'intérêt général de nature à justifier l'atteinte portée par les dispositions contestées au droit au respect de la vie privée. À cet égard, il a relevé qu'en adoptant ces dispositions, le législateur avait entendu permettre la mise en œuvre

²¹ Pour un cas inverse, voir la décision n° 2004-499 DC précitée, cons. 8 : « *les dispositions critiquées se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises du e) du 2 de l'article 8 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 susvisée sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer ; que, par suite, le grief tiré de l'atteinte au respect de la vie privée ne peut être utilement présenté devant lui* ».

de traitements de données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales, aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes, d'une part, par des personnes collaborant au service public de la justice²², telles que, par exemple, « *des associations d'aide aux victimes ou d'accompagnement de personnes placées sous main de justice* » et, d'autre part, par des personnes victimes ou mises en cause dans une procédure pénale, afin de leur permettre de préparer ou de mettre en œuvre un recours en justice²³ (paragr. 48). Ce faisant, le législateur a poursuivi des objectifs d'intérêt général.

Le Conseil constitutionnel s'est ensuite assuré de l'existence de garanties légales permettant de regarder la mise en œuvre des traitements de données en cause comme adéquate et proportionnée à ces objectifs d'intérêt général. À cet égard, il a relevé trois éléments.

Premièrement, en prévoyant qu'elles s'appliquent aux personnes morales de droit privé collaborant au service public de la justice appartenant à des catégories dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État, pris après avis motivé et publié de la CNIL, ainsi qu'aux personnes agissant soit en tant que victimes ou mises en cause soit pour le compte de ces dernières, les dispositions contestées « *circonscrivent suffisamment le champ des personnes ainsi autorisées* » à mettre en œuvre un traitement de données à caractère personnel en matière pénale (paragr. 49).

Deuxièmement, la mise en œuvre de ces traitements ne peut être effectuée, dans le premier cas, que « *dans la mesure strictement nécessaire à la mission exercée* » par la personne collaborant au service public de la justice et, dans le second, que « *pour une durée strictement proportionnée aux finalités poursuivies par les personnes victimes ou mises en cause* ». Dans ce dernier cas, la communication à un tiers n'est possible que « *sous les mêmes conditions et dans la mesure strictement nécessaire à la poursuite des mêmes finalités* » (paragr. 50).

Troisièmement, la mise en œuvre de ces traitements de données est « *subordonnée au respect des garanties* » prévues par le règlement du 27 avril 2016, en particulier les conditions posées à ses articles 5 et 6 (qui fixent une série de principes encadrant ces traitements : licéité, loyauté, transparence, limitation des finalités, minimisation des données, exactitude, limitation de la conservation, intégrité, confidentialité, responsabilité), ainsi qu'aux garanties prévues par la loi du 6 janvier 1978 (paragr. 51).

Le Conseil constitutionnel a jugé que ces garanties étaient suffisantes pour ne pas méconnaître le respect du droit à la vie privée, sans que le législateur n'ait été tenu

²² 2° de l'article 13 de la loi déferée ; 1° de l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978.

²³ 3° de l'article 13 de la loi déferée ; 3° de l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978.

de conserver l'actuel régime d'autorisation préalable par la CNIL. Pour les mêmes raisons, les dispositions contestées n'étaient pas entachées d'incompétence négative (paragr. 52). Le Conseil a donc déclaré conformes à la Constitution les modifications apportées au 1^o et au 3^o de l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978 (paragr. 53).

IV. – Sur le consentement exigé pour le traitement des données d'un mineur par certains services en ligne (article 20)

A. – Présentation des dispositions contestées

L'article 20 de la loi déferée visait à tirer en droit national les conséquences de l'article 8 du RGPD relatif aux conditions applicables pour le traitement des données des mineurs par les « *services de la société de l'information* ».

Selon l'article 6 du RGPD, un traitement de données à caractère personnel n'est licite que sous un ensemble de conditions alternatives, au nombre desquelles figure la condition que la personne concernée ait consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques.

Par l'article 8 du règlement, le législateur européen a entendu préciser les conditions selon lesquelles peut être regardé comme acquis le consentement des enfants. Cet article dispose que « *le traitement des données à caractère personnel relatives à un enfant est licite lorsque l'enfant est âgé d'au moins 16 ans. 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. / Les États membres peuvent prévoir par la loi un âge inférieur pour ces finalités pour autant que cet âge inférieur ne soit pas en-dessous de 13 ans* ».

Alors que, dans la négociation du règlement, le Gouvernement français avait soutenu la proposition de fixer à 16 ans l'âge de cette forme de « *majorité numérique* » et qu'il avait repris dans son projet de loi initial cette règle sans faire usage de la marge d'appréciation laissée aux États membres pour l'abaisser, l'Assemblée nationale a fait le choix, sans opposition du Gouvernement mais contre l'avis du Sénat, d'abaisser cet âge à 15 ans, sur la proposition formulée par Mme Paula Forteza, rapporteure du projet de loi au nom de sa commission des lois.

L'article contesté insère en conséquence dans la loi du 6 janvier 1978 un article 7-1 nouveau ainsi rédigé : « *En application du 1 de l'article 8 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 précité, un mineur peut consentir seul à un traitement de données à caractère*

personnel en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information à compter de l'âge de quinze ans.

« 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.

« Le responsable de traitement rédige en des termes clairs et simples, aisément compréhensibles par le mineur, les informations et communications relatives au traitement qui le concerne ».

B. – Analyse de constitutionnalité

Les requérants soutenaient que le deuxième alinéa de cet article 7-1 méconnaît l'exigence d'application du droit européen qui résulte de l'article 88-1 de la Constitution. Selon eux, en prévoyant que, lorsqu'un mineur est âgé de moins de quinze ans, le traitement de ses données à caractère personnel n'est licite que si sont à la fois recueillis le consentement du mineur et celui d'un des titulaires de l'autorité parentale, le législateur avait énoncé une règle contraire au RGPD, qui exigerait, dans une telle hypothèse, le seul recueil du consentement d'un des titulaires de l'autorité parentale.

Ce grief rejoignait pour partie des doutes exprimés par la rapporteure du projet de loi au Sénat, Mme Sophie Joissains. Celle-ci s'était interrogée sur le point de savoir si le RGPD autorisait l'énoncé de ce qui lui apparaissait comme une condition supplémentaire, le recueil du consentement du mineur. Par ailleurs, celle-ci avait exprimé un autre doute, de nature pratique, lié aux difficultés d'application de cette règle *« dans le cas de jeunes enfants incapables d'une manifestation de volonté éclairée et dont les représentants légaux souhaiteraient faire bénéficier de certains services en ligne »*²⁴.

Pour l'examen de ce grief, le Conseil constitutionnel a appliqué le nouveau cadre de son contrôle des lois ayant pour objet d'adapter le droit interne à un règlement de l'Union européenne évoqué précédemment. Il a donc cherché à déterminer s'il existait une incompatibilité manifeste entre le règlement et la disposition contestée.

Or, sur ce point, le Conseil constitutionnel a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'interpréter le règlement comme imposant aux États membres de soumettre le recueil des données concernant un mineur au seul consentement d'un ou de ses représentants légaux. En effet, le Conseil a jugé qu'il résulte de l'emploi des

²⁴ Rapport n° 441 (Sénat – 2017-2018) de Mme Sophie Joissains, fait au nom de la commission des lois, déposé le 18 avril 2018, p. 39.

termes « *donné ou autorisé* » figurant à l'article 8 du RGPD que celui-ci « *permet aux États membres de prévoir soit que le consentement doit être donné pour le mineur par le titulaire de l'autorité parentale soit que le mineur est autorisé à consentir par le titulaire de l'autorité parentale, ce qui suppose alors le double consentement prévu par le texte critiqué* » (paragr. 63).

Le Conseil constitutionnel a estimé que l'emploi de deux termes distincts par le règlement européen devait être interprété comme recouvrant deux hypothèses distinctes et que l'adjectif « *autorisé* » pouvait être interprété comme autorisant le législateur national à associer le mineur à l'expression du consentement à l'utilisation de ses données. En tout état de cause, au regard de la nature du contrôle effectué en application de l'article 88-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel n'aurait pu censurer la disposition contestée que si le règlement devait s'interpréter comme excluant manifestement la possibilité de prévoir le recueil du consentement du mineur. Tel n'était pas le cas. Le Conseil constitutionnel a en conséquence écarté le grief tiré de la méconnaissance de cet article et déclaré l'article 7-1 de la loi du 6 janvier 1978 conforme à la Constitution (paragr. 63 et 64).

V. – Adoption de décisions administratives individuelles sur le fondement d'un algorithme (article 21)

A. – Présentation des dispositions contestées

Ainsi que le rappelait le rapport de première lecture de la commission des lois du Sénat, « *on entend par "algorithme" une suite finie d'étapes ou d'instructions produisant un résultat à partir d'éléments fournis en entrée. Une recette de cuisine est, par exemple, un algorithme, de même que les règles de fonctionnement d'un moteur de recherche sur Internet. Peuvent également être formulés sous forme d'algorithmes le barème de l'impôt sur le revenu (avec comme entrée les revenus déclarés d'un contribuable), ou encore l'ensemble des règles qui, le cas échéant, déterminent nécessairement l'acceptation ou le refus d'une demande par l'administration* »²⁵.

Jusqu'à la loi déferée, le droit français excluait que certaines décisions puissent être prises sur le fondement d'un algorithme. Cette exclusion, prévue à l'article 10 de la loi du 6 janvier 1978 se décomposait en trois catégories :

- une interdiction absolue. Aux termes du premier alinéa de l'article 10, « *aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une*

²⁵ Rapport n° 350 (Sénat – 2017-2018) de Mme Sophie Joissains, fait au nom de la commission des lois, déposé le 14 mars 2018, p. 106-107.

personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité ».

- une interdiction limitée aux cas où la décision est exclusivement fondée sur l'algorithme : *« Aucune autre décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité ».*

- des exceptions à la deuxième interdiction : *« Ne sont pas regardées comme prises sur le seul fondement d'un traitement automatisé les décisions prises dans le cadre de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat et pour lesquelles la personne concernée a été mise à même de présenter ses observations, ni celles satisfaisant les demandes de la personne concernée ».*

L'article 22 du RGPD a partiellement repris ces interdictions, tout en assouplissant les conditions du recours aux algorithmes pour la prise de décisions emportant des effets juridiques.

Il a tout d'abord posé comme principe qu'une personne a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, produisant des effets juridiques à son égard ou l'affectant de manière significative.

Puis il y a prévu trois exceptions. Deux d'entre elles se fondent sur le consentement explicite de la personne en cause ou lorsque l'exécution ou la conclusion d'un contrat conclu par elle requiert le recours à un algorithme.

La troisième exception correspond aux cas où le droit de l'Union européenne ou celui de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis autorise le recours exclusif à un algorithme pour fonder la décision en cause. Des mesures appropriées doivent toutefois être prévues afin d'assurer la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée par la décision. Par ailleurs, en vertu du paragraphe 4 de l'article 22 du RGPD, aucune décision adoptée avec le recours exclusif à un algorithme ne peut être fondée sur les données à caractère personnel « sensibles » énumérées à l'article 9, paragraphe 1 du même règlement (données révélant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que les données génétiques, biométriques, les données de santé ou les données relatives à la vie ou l'orientation sexuelle d'une personne).

L'article 21 de la loi déferée au Conseil constitutionnel donne une nouvelle rédaction à l'article 10 de la loi du 6 janvier 1978. Son 1^o maintient les deux premières exceptions prévues par la législation antérieure (interdiction absolue du

recours à un algorithme pour les décisions de justice, interdiction, sauf exception, du recours exclusif à un algorithme pour les décisions produisant des effets juridiques ou affectant significativement la personne), ainsi que l'exception relative à la conclusion et à l'exécution d'un contrat. Il y ajoute celle relative au consentement explicite de la personne intéressée par la décision.

Enfin, son 2° prévoit que, de manière générale, peuvent être exclusivement prises sur le fondement d'un algorithme, les décisions administratives individuelles qui répondent aux conditions et garanties suivantes :

- elles sont adoptées dans le respect de l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration. Elles doivent ainsi comporter une mention explicite du recours à l'algorithme et l'administré doit pouvoir obtenir auprès de l'administration les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre ;

- elles peuvent faire l'objet des recours administratifs de droit commun (recours gracieux et recours hiérarchique), prévus au chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre IV du même code. Afin de garantir l'effectivité de ces recours, l'administration ne peut pas se fonder exclusivement sur un algorithme pour y répondre ;

- le responsable de traitement doit s'assurer 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.

B. – Analyse de constitutionnalité

Les griefs des sénateurs requérants se concentraient sur l'exception de recours exclusif aux algorithmes pour l'adoption de décisions administratives individuelles.

Ils estimaient que, ce faisant, l'administration était conduite à renoncer à l'exercice de son pouvoir d'appréciation des situations individuelles, en violation de la garantie des droits et de l'article 21 de la Constitution. Selon les requérants, ces exigences étaient également méconnues en raison de l'existence d'algorithmes « *auto-apprenants* » susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, empêchant, de ce fait, l'administration de connaître les règles sur le fondement desquelles la décision administrative a été effectivement prise.

Les requérants faisaient également valoir que, faute de garanties suffisantes, le législateur avait porté atteinte « *aux principes de valeur constitutionnelle*

régissant l'exercice du pouvoir réglementaire », dans la mesure où, d'une part, il n'était pas garanti que les règles appliquées par les algorithmes seront conformes au droit et, d'autre part, l'administration abandonnerait son pouvoir réglementaire aux algorithmes définissant leurs propres règles. Les règles appliquées par les algorithmes « *auto-apprenants* » ne pouvant être déterminées à l'avance, il en aurait résulté également une méconnaissance du « *principe de publicité des règlements* ».

Enfin, les requérants soutenaient que les dispositions contestées étaient dénuées de portée normative ou, à défaut, qu'elles étaient contraires, par leur complexité, à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

* Si le Conseil constitutionnel n'a pas eu, jusqu'à présent, l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité du cadre juridique de recours aux algorithmes, il a toutefois relevé, dans sa décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, que l'exclusion du recours exclusif à un algorithme peut constituer une garantie nécessaire à la constitutionnalité de traitements particuliers de données à caractère personnel.

En effet, alors qu'il était saisi de dispositions autorisant les services de la police nationale et de la gendarmerie à mettre en œuvre des « *applications automatisées d'informations nominatives recueillies au cours des enquêtes préliminaires ou de flagrance ou des investigations exécutées sur commission rogatoire et concernant tout crime ou délit ainsi que les contraventions de la cinquième classe sanctionnant un trouble à la sécurité ou à la tranquillité publiques ou une atteinte aux personnes, aux biens ou à l'autorité de l'État* », à des fins de police judiciaire ou pour certaines consultations administratives, le Conseil constitutionnel a relevé, en conférant à cette garantie la qualité d'une réserve d'interprétation, que les dispositions contestées ne remettaient pas en cause l'article 2 de la loi *Informatique et libertés*, dans sa rédaction de l'époque, en vertu de laquelle : « *Aucune décision administrative ou privée impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour seul fondement un traitement automatisé d'informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l'intéressé* ». Le Conseil constitutionnel a estimé que, dès lors, « *les données recueillies dans les fichiers ne constitueront donc, dans chaque cas, qu'un élément de la décision prise, sous le contrôle du juge, par l'autorité administrative* »²⁶.

* Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a répondu aux griefs des requérants relatifs à une mise en cause du pouvoir réglementaire, en citant l'article 21 de la Constitution (paragr. 67) et en observant que les dispositions

²⁶ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 34 et 46.

contestées se bornent à autoriser l'administration à procéder à l'appréciation individuelle de la situation de l'administré, par le seul truchement d'un algorithme, en fonction des règles et critères définis à l'avance par le responsable du traitement. Or, dans la mesure où elles n'ont ainsi ni pour objet ni pour effet « *d'autoriser l'administration à adopter des décisions sans base légale, ni à appliquer d'autres règles que celles du droit en vigueur* », il n'en résulte aucun abandon de compétence du pouvoir réglementaire (paragr. 69).

S'attachant ensuite aux garanties apportées par le législateur, le Conseil constitutionnel a rappelé les différentes conditions, énoncées ci-dessus, auxquelles est subordonné le recours exclusif à un algorithme pour adopter une décision administrative individuelle, tout en y apportant certaines précisions (paragr. 70).

Ainsi, il a tiré de la référence à l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration, qui prévoit comme exception à la communication des principes et règles de mises en œuvre d'un algorithme, celles des documents dont la communication serait susceptible de porter atteinte aux secrets et intérêts prévus au 2° de l'article L. 311-5 du même code (secret de la défense nationale, sûreté de l'État...), qu'aucune décision administrative ne pourra être fondée exclusivement sur un algorithme dont les principes de fonctionnement ne seraient pas communicables en raison de cet article L. 311-5.

Rappelant la possibilité de recours administratifs contre les décisions prises exclusivement sur le fondement d'un algorithme et l'obligation, dans ce cas, pour l'administration de répondre sans se fonder exclusivement sur ledit algorithme (« *L'administration sollicitée à l'occasion de ces recours est alors tenue de se prononcer sans pouvoir se fonder exclusivement sur l'algorithme* »), le Conseil constitutionnel a ajouté que la personne en cause peut également saisir le juge, qui peut alors obtenir communication des caractéristiques de l'algorithme utilisé (paragr. 70).

Le Conseil constitutionnel a également rappelé l'interdiction prévue par le règlement européen de recourir à des algorithmes utilisant les données sensibles énumérées à l'article 9, paragraphe 4, du RGPD et à l'article 8 de la loi *Informatique et libertés* (même paragr.).

Enfin, il a estimé que la garantie prévue par le législateur selon laquelle le responsable du traitement doit, à tout moment, être en mesure d'expliquer en détail le fonctionnement de l'algorithme, interdit de recourir, comme fondement exclusif d'une décision, à des algorithmes « *auto-apprenants* » dont les règles qu'ils appliquent échappent nécessairement à celui qui y a recours, alors qu'il lui appartient en principe de les contrôler et de les valider (paragr. 71).

Sans avoir à formuler expressément de réserves d'interprétation, puisque les précisions apportées découlent nécessairement des dispositions prévues par le législateur, le Conseil constitutionnel a conclu de tout ce qui précède que le législateur a défini « *des garanties appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés des personnes* » soumises aux décisions administratives individuelles prises sur le fondement exclusif d'un algorithme. Après avoir écarté les griefs des requérants, il a jugé que le 2° de l'article 10 de la loi du janvier 1978 est conforme à la Constitution (paragr. 72).