

## Commentaire

### Décision n° 2014-412 QPC du 19 septembre 2014

*M. Laurent D.*

*(Délits de mise et de conservation en mémoire informatisée des données sensibles)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 20 juin 2014 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 3450 du 17 juin 2014) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Laurent D., portant sur l'article 226-19 du code pénal (CP), dans sa rédaction issue de l'article 14 de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004<sup>1</sup>, et sur l'article L. 1223-3 du code de la santé publique (CSP).

Dans sa décision n° 2014-412 QPC du 19 septembre 2014, le Conseil constitutionnel a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les dispositions contestées de l'article L. 1223-3 du CSP, dans sa rédaction issue du paragraphe III de l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-1087 du 1<sup>er</sup> septembre 2005<sup>2</sup>. Il a également déclaré le premier alinéa de l'article 226-19 du CP, dans sa rédaction issue de l'article 14 de la loi du 6 août 2004 précitée, et l'article L. 1223-3 du CSP, dans sa rédaction issue de l'article 116 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004<sup>3</sup>, conformes à la Constitution.

#### **A. – Historique**

##### **1. – L'interdiction de collecter ou de traiter certaines données sensibles**

###### **a. – Le principe et ses dérogations avant la réforme de 2004**

La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite loi « Informatique et Libertés », a réglementé les traitements automatisés d'informations portant sur des données à caractère personnel et, en particulier, sur des données dites « sensibles ».

---

<sup>1</sup> Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 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.

<sup>2</sup> Ordonnance n° 2005-1087 du 1<sup>er</sup> septembre 2005 relative aux établissements publics nationaux à caractère sanitaire et aux contentieux en matière de transfusion sanguine.

<sup>3</sup> Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de la santé publique.

En effet, le premier alinéa de l'article 31 de cette loi interdisait « *de mettre ou conserver en mémoire informatisée, sauf accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales des personnes* ». Une dérogation était prévue par le deuxième alinéa au profit des églises et groupements à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical, lesquels étaient autorisés à « *tenir registre de leurs membres ou de leurs correspondants sous forme automatisée* ». En outre, le troisième alinéa du même article prévoyait que « *pour des motifs d'intérêt public, il peut aussi être fait exception à l'interdiction ci-dessus sur proposition ou avis conforme de la commission [nationale de l'informatique et des libertés] par décret en Conseil d'État* ».

### **b. – Le principe et ses dérogations depuis la réforme de 2004**

L'article 2 de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 susvisée, qui a permis la transposition de l'article 8 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995<sup>4</sup>, reprend en l'adaptant le contenu de l'article 31 de la loi du 6 janvier 1978. En ce sens, l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 dispose en son premier paragraphe qu'« *il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci* ». La liste des données « sensibles » a ainsi été élargie, puisqu'elle comprend désormais les données ethniques et celles relatives à la santé ou à la vie sexuelle des personnes.

Par ailleurs, l'article 2 de la loi du 6 août 2004 susvisée a introduit de nouvelles exceptions à l'interdiction de traitement des données sensibles. Le paragraphe II de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 prévoit un certain nombre de dérogations à l'interdiction de collecter ou de traiter certaines données sensibles lorsque « *la finalité du traitement l'exige* ». Sont concernés, notamment, « *les traitements pour lesquels la personne concernée a donné son consentement exprès, sauf dans le cas où la loi prévoit que l'interdiction (...) ne peut être levée par le consentement de la personne concernée* »<sup>5</sup>, « *les traitements nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé et mis en œuvre par un membre d'une profession de santé, ou par une autre personne à laquelle s'impose en raison de ses fonctions l'obligation de secret*

<sup>4</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil 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.

<sup>5</sup> 1° du II de l'article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée.

*professionnel prévue par l'article 226-13 du code pénal* »<sup>6</sup> et « *les traitements nécessaires à la recherche dans le domaine de la santé selon les modalités prévues au chapitre IX* »<sup>7</sup>.

Le paragraphe III du même article prévoit que les traitements de données sensibles susceptibles de « *faire l'objet à bref délai d'un procédé d'anonymisation* » reconnu conforme à la loi par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) peuvent être autorisés, compte tenu de leur finalité.

Le paragraphe IV prévoit que le traitement des données sensibles peut être autorisé par la CNIL dans certaines conditions<sup>8</sup> s'il est « *justifié par l'intérêt public* ».

Dans sa décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004<sup>9</sup>, le Conseil constitutionnel a relevé que les dispositions de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 dans sa version issue de l'article 2 de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 « *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* »<sup>10</sup>. Dès lors, et conformément à sa jurisprudence relative à la transposition des directives communautaires, le Conseil a jugé conforme à la Constitution l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978.

Par une délibération n° 2011- 395 du 8 décembre 2011, postérieure aux faits à l'origine du litige, la CNIL a d'ailleurs reconnu l'intérêt public qui s'attache à la mise en œuvre par l'Établissement français du sang (EFS) des traitements automatisés de données à caractère personnel ayant pour finalité la gestion des activités de transfusion dévolues par la loi à l'EFS et notamment la gestion des dossiers des donneurs et receveurs<sup>11</sup>. Cette autorisation concerne l'ensemble des traitements de données à caractère personnel mis en œuvre par l'EFS ayant pour finalité :

<sup>6</sup> 6° du II de l'article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée.

<sup>7</sup> 8° du II de l'article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée.

<sup>8</sup> Ces conditions sont prévues au paragraphe I de l'article 25 ou au paragraphe II de l'article 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée.

<sup>9</sup> 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*.

<sup>10</sup> *Ibid.*, cons. 8.

<sup>11</sup> Délibération n° 2011-395 du 8 décembre 2011 autorisant la mise en œuvre par l'Établissement français du sang des traitements automatisés de données à caractère personnel ayant pour finalité la gestion des activités de transfusion sanguine dévolues par la loi à l'EFS et notamment la gestion des dossiers des donneurs et des receveurs. Dans une précédente délibération, la CNIL relevait que « *l'EFS et ses 18 représentants régionaux, les établissements de transfusion sanguine poursuivent la réalisation d'un intérêt de santé publique* » : délibération n° 2007-299 du 11 octobre 2007 autorisant la mise en œuvre par l'Établissement français du sang des traitements automatisés de données à caractère personnel ayant pour finalité la gestion des « processus métiers et notamment celle des donneurs et receveurs de sang ».

– « la gestion des donneurs de sang, des dons (qualification biologique des dons, gestion de la production et des stocks), des fichiers patients, de l'activité de distribution et de la délivrance aux receveurs, des laboratoires receveurs IHR (immuno-hématologie des receveurs), de la facturation, des patients des laboratoires de biologie médicale de l'EFS, des activités de soins, des activités de laboratoire de biologie médicale (LBM), d'une politique de promotion du don de sang auprès du grand public, de la production de réactifs, des donneurs de produits tissus-cellules, de la production de produits sanguins non thérapeutiques, de l'activité de distribution et de la délivrance aux patients, de la traçabilité de l'ensemble du processus de production de tissus et de cellules jusqu'à la greffe, des documents liés aux produits et des rapports,

« – l'hémovigilance, la transmission des données relatives à la sécurité sanitaire des produits sanguins ainsi que des données épidémiologiques aux instances compétentes, et la biovigilance.

« – Tout traitement qui entre dans ce périmètre doit être conforme à la présente autorisation avant sa mise en exploitation »<sup>12</sup>.

## **2. – Les délits de mise et de conservation en mémoire de certaines données sensibles**

Le premier alinéa de l'article 42 de la loi du 6 janvier 1978 réprimait d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 20 000 francs, ou de l'une de ces deux peines seulement, le fait pour quiconque d'enregistrer ou de faire enregistrer, conserver ou faire conserver des informations nominatives en violation des dispositions de l'article 31.

La loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes a permis, sous réserve de quelques aménagements rédactionnels, « l'insertion dans le code pénal des incriminations pénales prévues par la loi de 1978 »<sup>13</sup>.

En particulier, l'article 226-19 du CP prévoit et réprime les délits de mise et de conservation en mémoire de certaines données sensibles. Dans sa rédaction issue de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 12 juillet 1992 susvisée, cet article disposait : « *Le fait, hors les cas prévus par la loi, de mettre ou de conserver en mémoire informatisée, sans l'accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui,*

---

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> M. Pezet, *Rapport sur le projet de loi, adopté par le Sénat, portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes*, Assemblée nationale, IX<sup>e</sup> législature, n° 2121, 13 juin 1991.

*directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales ou les mœurs des personnes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 2 000 000 F d'amende.*

*« Est puni des mêmes peines le fait, hors les cas prévus par la loi, de mettre ou de conserver en mémoire informatisée des informations nominatives concernant des infractions, des condamnations ou des mesures de sûreté ».*

La loi du 22 juillet 1992 a également modifié l'article 41 de la loi du 6 janvier 1978 pour prévoir que *« les infractions aux dispositions de la présente loi sont prévues et réprimées par les articles 226-16 à 226-24 du code pénal »*. Ces dispositions figurent aujourd'hui à l'article 50 de la loi du 6 janvier 1978<sup>14</sup>.

L'article 14 de la loi du 6 août 2004 précitée a modifié les dispositions du premier alinéa de l'article 226-19 du CP afin de les adapter à *« la nouvelle formulation des dispositions de la loi [du 6 janvier 1978] qu'[elles] ont pour but de sanctionner »*<sup>15</sup>. La liste des données sensibles est enrichie par la loi nouvelle. Figurent désormais dans cette catégorie les données relatives aux *« origines ethniques »*. En outre, le premier alinéa de l'article 226-19 ne fait plus référence aux données concernant les mœurs des personnes, mais aux données *« relatives à la santé ou à l'orientation sexuelle »*.

Aux termes du premier alinéa de l'article 226-19 du CP, les délits ne sont pas constitués lorsque la mise ou la conservation en mémoire informatisée des données sensibles se fait avec *« le consentement exprès de l'intéressé »*. De sorte que *« le consentement de la victime n'agit pas comme fait justificatif, il est pris en compte au plan de la constitution même de l'infraction »*<sup>16</sup>.

Ces délits ne sont pas davantage constitués lorsque la mise ou la conservation en mémoire informatisée des données sensibles interviennent dans *« les cas prévus par la loi »*.

Ces cas d'autorisation sont ceux prévus par la loi du 6 janvier 1978. Ainsi que le relève le professeur Jean Frayssinet, les délits de mise et de conservation en mémoire de certaines données sensibles, en particulier des données relatives à la santé ou à l'orientation des personnes, *« se rapporte[nt] à l'application et au*

<sup>14</sup> Art. 8 de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 précitée.

<sup>15</sup> Exposé des motifs du projet de loi relatif 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, Assemblée nationale, XI<sup>e</sup> législature, n° 3250, 18 juillet 2001.

<sup>16</sup> Agathe Lepage, « Loi du 6 août 2004. Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel », *Communication Commerce électronique*, n° 2, février 2005, étude 9.

*respect de l'article 8 de la loi de 1978* »<sup>17</sup>. Il faut observer qu'en 1992, les parlementaires ont considéré que ce renvoi à « *certaines dispositions d'une loi existante, applicable et appliquée* »<sup>18</sup> ne nuisait pas à l'architecture générale du nouveau code pénal.

Pour sa part, le second alinéa de l'article 226-19 du CP sanctionne la mise ou la conservation en mémoire informatisée des données personnelles concernant des infractions, des condamnations ou des mesures de sûreté. Par ces dispositions, « *le législateur a souhaité empêcher en particulier la création de casiers judiciaires privés ou parallèles* »<sup>19</sup>.

Il convient, pour mémoire, de rappeler que l'article 4 de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relatif au harcèlement sexuel a étendu la définition de la discrimination aux distinctions opérées à raison de l'identité sexuelle et a donc complété les dispositions du premier alinéa de l'article 226-19 du CP afin de prévoir et réprimer le fait, hors les cas prévus par la loi, de mettre ou de conserver en mémoire informatisée, sans le consentement exprès de l'intéressé, des données à caractère personnel qui font apparaître « *l'identité sexuelle* » des personnes. Le Conseil constitutionnel n'était pas saisi de cette dernière version de l'article 226-19.

### **3. – L'article L. 1223-3 du code de la santé publique**

L'article L. 1223-3 du CSP a pour origine l'article 4 de la loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament. En ce sens, le premier alinéa de l'article L. 668-3 du CSP, dans sa rédaction issue de la loi du 4 janvier 1993 susvisée, imposait aux « *établissements de transfusion sanguine [de] se doter de bonnes pratiques dont les principes sont définis par un règlement établi par l'Agence française du sang, homologué par arrêté du ministre chargé de la santé et publié au Journal officiel de la République française* ».

Pris en application de cette disposition, l'arrêté du 22 septembre 1993 a porté homologation du règlement de l'Agence française du sang relatif aux bonnes pratiques de prélèvements<sup>20</sup>. Ce règlement prévoyait que « *les éléments d'identification sont consignés dans le dossier du donneur où sont également archivées* » notamment « *les éventuelles contre-indications au don temporaires ou définitives indiquées de façon codée* ». Ce règlement précisait également que

<sup>17</sup> Jean Frayssinet, « Atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques », *JurisClasseur Pénal Code*, fasc. 20, § 330.

<sup>18</sup> M. Georges Kiejman, *in* compte rendu des débats du Sénat, séance du 14 mai 1991.

<sup>19</sup> Jean Frayssinet, *op. cit.*, § 349.

<sup>20</sup> Arrêté du 22 septembre 1993 portant homologation du règlement de l'Agence française du sang relatif aux bonnes pratiques de prélèvement et pris en application de l'article L. 668-3 du code de la santé publique.

ces données « *constituent un fichier qui doit être préalablement autorisé par la CNIL* ».

Modifiées par l'article 18 de la loi n° 98-535 du 1<sup>er</sup> juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, les dispositions de l'article L. 668-3 du CSP ont été remplacées par celles de l'article L. 1223-3 à l'occasion de la refonte du CSP. En effet, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du code de la santé publique, l'article L. 1223-3 du CSP dispose que « *les établissements de transfusion sanguine doivent se doter de bonnes pratiques dont les principes sont définis par un règlement établi par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé après avis de l'Établissement français du sang, homologué par arrêté du ministre chargé de la santé et publié au Journal officiel de la République française* ». L'ordonnance du 15 juin 2000 a été ratifiée par l'article 92 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

Le paragraphe III de l'article 116 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique a modifié la rédaction de l'article L. 1223-3 du CSP pour étendre l'obligation de se doter de bonnes pratiques au centre de transfusion sanguine des armées et aux établissements de santé autorisés à conserver et distribuer des produits sanguins labiles.

L'article 4 de l'ordonnance n° 2005-1087 du 1<sup>er</sup> septembre 2005 a de nouveau modifié les dispositions de l'article L. 1223-3 du CSP : « *les établissements de transfusion sanguine, le centre de transfusion sanguine des armées et les établissements de santé autorisés à conserver et distribuer ou délivrer des produits sanguins labiles doivent se doter de bonnes pratiques dont les principes sont définis par décision de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé après avis de l'Établissement français du sang et du centre de transfusion sanguine des armées* ». Depuis lors, l'article L. 1223-3 du CSP a été modifié sur un seul point, par le 1<sup>o</sup> du A du paragraphe IV de l'article 5 de la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011<sup>21</sup>, pour modifier la dénomination de l'agence, devenue Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé.

Un arrêté du 10 septembre 2003 a homologué le règlement de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) définissant les principes de bonnes pratiques dont doivent se doter les établissements de transfusion sanguine. Ce règlement, qui représente « *un des outils visant à*

---

<sup>21</sup> Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

*garantir la sécurité de la chaîne transfusionnelle* »<sup>22</sup>, détermine les modalités de classification des contre-indications en matière de transfusion sanguine. En ce sens, le règlement prévoit que *« les éléments d'identification du donneur sont consignés dans le dossier informatisé du donneur, où est notamment retracé l'historique des dons avec les informations suivantes :*

*« – la date, le type et le numéro de chaque don ;*

*« – les éventuelles contre-indications au don temporaires ou définitives, indiquées de façon codée ;*

*« – les éventuelles réactions du donneur survenues pendant ou après le don ;*

*« – les résultats des analyses biologiques et tests de dépistage effectués à l'occasion de dons antérieurs ;*

*« – et, le cas échéant, des données participant au suivi médical et biologique du donneur ».*

Ce règlement prévoit également que *« chaque don est obligatoirement précédé d'un entretien avec le candidat au don et de son examen. Ces deux étapes, essentielles en terme de sécurité transfusionnelle, sont orientées sur la recherche :*

*« – d'une affection contre-indiquant le prélèvement, dans un souci de protection du donneur ;*

*« – d'une affection transmissible par la transfusion, dans un souci de protection du receveur ».*

Cet arrêté a été abrogé par l'article 3 de la décision du 6 novembre 2006 définissant les principes de bonnes pratiques prévus à l'article L. 1223-3 du CSP<sup>23</sup>.

Par une décision du 28 février 2006, le directeur général de l'AFSSAPS a fixé la forme et le contenu du questionnaire que remplit le candidat au don de sang en application de l'article R. 1221-5 du CSP<sup>24</sup>. En particulier, cette décision prévoit

<sup>22</sup> Arrêté du 10 septembre 2003, article annexe.

<sup>23</sup> Décision du directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé en date du 6 novembre 2006 définissant les principes de bonnes pratiques prévus à l'article L. 1223-3 du code de la santé publique.

<sup>24</sup> Selon cet article : *« avant l'entretien préalable au don du sang, le candidat à ce don remplit un questionnaire dont la forme et le contenu sont définis par décision du directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé après avis de l'Établissement français du sang et du centre de transfusion sanguine des armées.*

qu'un homme désireux de faire un don doit indiquer « *si, au cours de [sa] vie, [il a] eu des relations sexuelles entre hommes* ». Si plusieurs décisions ont modifié la décision du 28 février 2006, la question relative aux relations sexuelles entre hommes demeure une question qui doit être posée aux hommes désireux de faire un don du sang<sup>25</sup>.

En outre, l'annexe II de l'arrêté du 12 janvier 2009<sup>26</sup>, qui fixe les critères de sélection des donneurs de sang, prévoit notamment que le fait pour un homme d'avoir « *eu des rapports sexuels avec un homme* » constitue une contre-indication permanente.

Le 6 août 2013, dans une réponse à une question écrite posée par une députée, la ministre des affaires sociales et de la santé indiquait que « *l'institut de veille sanitaire (InVS) a publié récemment une étude de simulation sur le risque de transmission du virus de l'immunodéficience humaine (VIH) par transfusion si la contre-indication permanente relative aux hommes ayant eu un rapport sexuel avec un autre homme (HSH) était ramenée à 12 mois à compter du dernier rapport avec un homme. Cette étude établit qu'environ 4 500 HSH sexuellement actifs seraient susceptibles de donner leur sang annuellement. Selon le scénario choisi sur la part du risque résiduel VIH attribué aux HSH, entre 3 et 45 d'entre eux seraient nouvellement infectés par le VIH chaque année. L'adoption de cette contre-indication pourrait donc aboutir à un risque allant de 1/3 500 000 dons (proche du risque actuel de 1/2 900 000 dons) à 1/700 000 dons (risque 4 fois plus élevé que le risque actuel), selon le scénario utilisé* »<sup>27</sup>.

---

« À l'issue de l'entretien préalable au don, le candidat atteste avoir :

« - lu et compris les informations détaillées qui lui ont été fournies ;

« - eu la possibilité de poser les questions et obtenu à celles-ci des réponses ;

« - donné un consentement éclairé à la poursuite du processus de don ;

« - été informé, en cas de prélèvement autologue, de l'éventualité que des produits sanguins labiles autologues ne puissent suffire aux exigences de la transfusion prévue.

« Il atteste, en outre, que tous les renseignements qu'il a fournis sont, à sa connaissance, exacts, en apposant sa signature sur la partie du questionnaire prévue à cet effet. Cette partie est contresignée par la personne habilitée à procéder à la sélection des donneurs et qui a obtenu les renseignements relatifs à l'état de santé et aux antécédents médicaux de ceux-ci. Un arrêté du ministre chargé de la santé, pris après avis du directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, fixe les critères de sélection des donneurs en distinguant notamment ceux qui conduisent à une contre-indication permanente au don de sang et ceux qui conduisent à une contre-indication temporaire. Une décision du directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé précise les données relatives à la sélection du donneur qui doivent être conservées par l'Établissement français du sang et le centre de transfusion sanguine des armées ».

<sup>25</sup> Voir par exemple la décision du directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé du 16 février 2009 modifiant la décision du 28 février 2006 modifiée fixant la forme et le contenu du questionnaire que remplit le candidat au don de sang en application de l'article R. 1221-5 du code de la santé publique.

<sup>26</sup> Arrêté du 12 janvier 2009 fixant les critères de sélection des donneurs de sang.

<sup>27</sup> Réponse de Mme la ministre des affaires sociales et de la santé à la question écrite n° 33725 posée par Mme Barbara Romagnan, J.O. 06/08/2013, p. 8380.

## B. – Origine de la QPC et question posée

Le 6 février 2007, M. Laurent D. a déposé une plainte avec constitution de partie civile du chef de discrimination, l'EFS ayant refusé en août 2006 son don du sang au motif de son homosexualité, laquelle avait fait l'objet d'un signalement en 2004 dont la trace avait été conservée dans un traitement automatisé de données à caractère personnel.

Au terme de l'instruction, une ordonnance de non-lieu a été rendue par le magistrat instructeur.

M. Laurent D. a demandé à la chambre de l'instruction l'infirmité de cette ordonnance. Il lui a également demandé de constater qu'il existe des charges suffisantes contre l'EFS et le docteur B., placés sous le régime de témoin assisté, d'avoir commis les infractions prévues et réprimées par les articles 226-18-1 et 226-19 du CP.

Par un arrêt du 18 avril 2013, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a déclaré irrecevable l'appel et a confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction.<sup>28</sup>

M. Laurent D. a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt. À cette occasion, il a demandé à la Cour de cassation de renvoyer au Conseil constitutionnel deux QPC.

– La première QPC est ainsi rédigée : « *Les dispositions de l'article 226-19 du code pénal, en ce qu'elles prévoient une exception, dans les cas prévus par la loi, à l'obligation de recueillir le consentement exprès de la personne concernée pour mettre ou conserver en mémoire informatisée des données à caractère personnel relatives à la santé, portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et, plus exactement, au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ?* ».

Par un arrêt du 6 mai 2014, la chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel cette QPC pour deux raisons : d'une part, « *la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle* » et, d'autre part, « *la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux en ce que les dispositions légales critiquées, donnant au législateur la possibilité de prévoir des exceptions à l'obligation de recueillir le consentement de la personne concernée pour mettre ou conserver en mémoire informatisée des données à caractère personnel relatives à la santé, apparaissent de nature à assurer, entre*

<sup>28</sup> CA Paris, 6<sup>ème</sup> ch. de l'instruction, pôle 7, 18 avril 2013, n° 2012/09222.

*le respect de la vie privée et la protection de la santé publique, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée »<sup>29</sup>.*

– La seconde QPC est ainsi rédigée : *« les dispositions de l'article 226-19 du code pénal combinées aux dispositions de l'article L. 1223-3 du code de la santé publique, en ce qu'elles feraient exception à l'obligation de recueillir le consentement exprès d'une personne désireuse de donner son sang pour mettre ou conserver en mémoire informatisée des données à caractère personnel relatives à la santé, portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et plus exactement, d'une part, au principe de légalité des délits et des peines, au principe de nécessité des peines et à l'exigence de prévisibilité de la loi, garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et, d'autre part, à l'exigence constitutionnelle de consentement à la captation et à la conservation de données personnelles, garantie par l'article 2 de la Déclaration de 1789 ».*

Par un arrêt du 17 juin 2014 (n° 3450), la chambre criminelle a décidé de renvoyer cette seconde QPC au Conseil constitutionnel. Elle a relevé que *« la question posée présente un caractère sérieux en ce que la combinaison des dispositions légales critiquées, qui, d'une part, prévoient une exception, dans les "cas prévus par la loi", à l'obligation de recueillir le consentement exprès de la personne concernée pour mettre ou conserver en mémoire informatisée des données à caractère personnel relatives à sa santé ou à son orientation sexuelle, et, d'autre part, font obligation aux établissements de transfusion sanguine de se doter de "bonnes pratiques", définies par renvoi à un règlement édicté par un établissement public, conduit à confier à une autorité administrative le soin de fixer des règles qui relèvent du domaine de la loi, et que cette délégation, qui a une portée générale, tant par son champ d'application que par son contenu, est de nature à priver des garanties qui s'attachent à la loi les droits et libertés que la Constitution protège, et notamment le principe de légalité des délits et des peines ».*

Devant le Conseil constitutionnel, le requérant soutenait qu'en faisant exception à l'obligation de recueillir le consentement exprès d'une personne désireuse de donner son sang pour mettre ou conserver en mémoire informatisée des données à caractère personnel relatives à la santé et l'orientation sexuelle de cette dernière, les dispositions combinées des articles 226-19 du CP et L. 1223-3 du CSP méconnaissaient le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, ainsi que la *« prévisibilité de la loi »*. En outre, il faisait valoir qu'en renvoyant à des dispositions législatives indéfinies et indéterminées, et notamment à celles de l'article L. 1223-3 du CSP, le soin d'apporter des exceptions à l'exigence de consentement prévue par l'article 226-

<sup>29</sup> Cass., crim., 6 mai 2014, n° 2296.

19 du CP, le législateur avait méconnu le « *principe constitutionnel de consentement à la captation et à la conservation des données personnelles* ».

## II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

### A. – Les dispositions soumises à l'examen du Conseil constitutionnel

Dans sa décision du 19 septembre 2014, le Conseil constitutionnel a restreint le champ des dispositions faisant l'objet de la QPC en ce qui concerne l'article 226-19 du CP, dans sa rédaction résultant de l'article 14 de la loi du 6 août 2004 susvisée, au seul premier alinéa de cet article, qui prévoit et réprime les délits de mise et de conservation en mémoire de certaines données sensibles (cons. 5). En effet, le second alinéa de l'article 226-19 du CP, qui sanctionne la mise ou la conservation en mémoire informatisée des données à caractère personnel concernant des infractions, des condamnations ou des mesures de sûreté, n'était pas en cause. Comme il le fait fréquemment lorsque les dispositions sont aisément sécables, le Conseil a circonscrit la portée de la QPC aux dispositions dont la constitutionnalité était mise en cause<sup>30</sup>.

S'agissant de l'article L. 1223-3 du CSP, la détermination des dispositions renvoyées au Conseil constitutionnel posait deux questions.

Premièrement, la version renvoyée des dispositions de cet article n'était précisée ni par l'auteur de la QPC ni par la Cour de cassation, alors même que plusieurs rédactions s'étaient succédées entre la mise en conservation des données et leur conservation.

Le Conseil a donc rappelé « *qu'en l'absence de précision, dans la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, sur la version des dispositions renvoyée au Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité doit être regardée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée* » (cons. 6)<sup>31</sup>. Il a considéré « *qu'au regard des faits à l'origine du litige, l'article L. 1223-3 du code de la santé publique doit être regardé comme ayant été renvoyé (...) tant dans sa version antérieure à l'ordonnance du 1<sup>er</sup> septembre 2005 (...) que dans sa version postérieure à cette ordonnance* » (cons. 6). Le Conseil était donc saisi de deux versions successives d'une même disposition<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Voir récemment décision n° 2014-399 QPC du 6 juin 2014, *Société Beverage and Restauration Organisation SA (Liquidation judiciaire ou cessation partielle de l'activité prononcée d'office pendant la période d'observation du redressement judiciaire)*, cons. 3.

<sup>31</sup> Voir par ex. décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre (Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction)*, cons. 1.

<sup>32</sup> Décision n° 2013-300 QPC du 5 avril 2013, *Chambre de commerce et d'industrie de Brest (Champ d'application de la "réduction Fillon" des cotisations patronales de sécurité sociale)*, cons. 1 ; voir aussi les décisions n° 2012-290/291 QPC du 25 janvier 2013, *Société Distrivit et autres (Droit de consommation du tabac*

Deuxièmement, l'ordonnance du 1<sup>er</sup> septembre 2005 n'a pas été ratifiée et ne constitue donc pas une disposition législative, au sens de l'article 61-1 de la Constitution<sup>33</sup>. Tant qu'elle n'a pas été ratifiée, l'ordonnance demeure un acte administratif et l'appréciation de sa constitutionnalité relève de la compétence du juge administratif.

Après avoir soulevé d'office cette question (voir les visas), le Conseil a relevé que « *ni la loi du 29 décembre 2011 (...) ni aucune autre disposition législative n'a procédé à la ratification de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> septembre 2005* » (cons. 8). En effet, la modification législative résultant du 1<sup>o</sup> du A du paragraphe IV de l'article 5 de la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 a uniquement porté sur l'appellation de l'Agence. Une telle modification ne saurait être regardée comme une ratification depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui impose une ratification explicite. De sorte que « *les dispositions de l'article L. 1223-3 du code de la santé publique, dans leur rédaction issue du paragraphe III de l'article 4 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> septembre 2005, ne revêtent pas le caractère de dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution* » (cons. 8). Par suite, le Conseil a constaté qu'il n'y avait pas lieu d'en connaître. Il a jugé qu'il était « *seulement saisi de l'article L. 1223-3 du code de la santé publique dans sa rédaction issue de la loi du 9 août 2004* » (cons. 8).

## **B. – La conformité à la Constitution des dispositions contestées**

### **1. – La jurisprudence constitutionnelle relative au principe de légalité des délits et des peines**

La jurisprudence constitutionnelle relative au principe de légalité des délits et des peines est connue. En matière pénale, ce principe impose que la loi donne une définition précise des éléments constitutifs de l'infraction. En particulier, l'infraction est édictée en méconnaissance de ce principe si la détermination de son auteur est incertaine<sup>34</sup>.

---

*dans les DOM*), cons. 4 et n° 2011-214 QPC du 27 janvier 2012, *Société COVED SA (Droit de communication de l'administration des douanes)*.

<sup>33</sup> Voir par ex. décision n° 2011-219 QPC du 10 février 2012, *M. Patrick E. (Non-lieu : ordonnance non ratifiée et dispositions législatives non entrées en vigueur)*, cons. 3.

<sup>34</sup> Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 30.

Le Conseil a prononcé, sur le fondement de la méconnaissance de ces exigences, plusieurs censures de dispositions insuffisamment précises :

- l’absence de définition du délit de « *malversation* »<sup>35</sup> ;
- une immunité pénale accordée à des associations à « *vocation humanitaire* »<sup>36</sup> ;
- des exceptions à l’application de textes prévoyant des incriminations pénales protégeant la propriété intellectuelle, l’une en matière de « *travail collaboratif* »<sup>37</sup> et l’autre pour des actes réalisés à des fins « *d’interopérabilité* »<sup>38</sup> ;
- la répression pénale de l’interdiction d’exercice des activités d’intelligence économique : « *l’imprécision tant de la définition des activités susceptibles de ressortir à l’intelligence économique que de l’objectif justifiant l’atteinte à la liberté d’entreprendre méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines* »<sup>39</sup> ;
- l’emploi des termes « *membre de la famille* » comme critère de définition des viols, agressions et atteintes sexuelles « *incestueux* », aux motifs que « *s’il était loisible au législateur d’instituer une qualification pénale particulière pour désigner les agissements sexuels incestueux, il ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s’abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille* »<sup>40</sup> ;
- le délit de harcèlement sexuel « *punissable sans que les éléments constitutifs de l’infraction soient suffisamment établis* »<sup>41</sup> ;
- l’obligation, pénalement sanctionnée, de renseigner dans la déclaration d’intérêts les « *autres liens susceptibles de faire naître un conflit d’intérêts* »,

<sup>35</sup> Décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, cons. 11 et 12.

<sup>36</sup> Décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, *Loi relative à l’entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d’asile*, cons. 5 et 7.

<sup>37</sup> 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*, cons. 54 à 57.

<sup>38</sup> *Ibid*, cons. 58 à 61.

<sup>39</sup> Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d’orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, cons. 74 à 76.

<sup>40</sup> Décisions n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, *M. Claude N. (Définition des délits et crimes incestueux)*, cons. 4 et n° 2011-222 QPC du 17 février 2012, *M. Bruno L. (Définition du délit d’atteintes sexuelles incestueuses)*, cons. 3 et 4.

<sup>41</sup> Décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, *M. Gérard D. (Définition du délit de harcèlement sexuel)*, cons. 3 à 5.

sans donner d'indication sur la nature de ces liens et les relations entretenues par le déclarant avec d'autres personnes qu'il conviendrait d'y mentionner<sup>42</sup>.

Ainsi, le Conseil constitutionnel ne censure pas seulement des notions nouvelles et méconnues qu'il appartiendrait au législateur de définir. Sa jurisprudence vise également des notions courantes mais trop imprécises pour pouvoir fonder, sans précisions adéquates, le champ d'application de la loi pénale.

En revanche, il a rejeté le grief tiré de l'absence de définition claire et précise dans les cas suivants :

– la pratique des renvois par la loi à d'autres textes non législatifs : « *aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infractions le manquement à des obligations qui ne résultent pas directement de la loi elle-même* » ; la limite posée à cette pratique consiste dans le fait que le renvoi ne conduise pas à « *altérer l'unité de la définition légale des infractions* »<sup>43</sup> ;

Le Conseil a ainsi validé la répression de la méconnaissance :

- d'obligations résultant d'une convention ayant force obligatoire<sup>44</sup> ;
- de règles en matière de situation irrégulière des étrangers, qui impliquaient la prise en compte d'une situation au regard de la législation d'un État étranger<sup>45</sup> ;
- d'une injonction adressée par une autorité administrative<sup>46</sup> ;

## 2.– L'application à l'espèce

L'essentiel de l'argumentation du requérant consistait à soutenir que le renvoi aux « *bonnes pratiques* » prévues par l'article L. 1223-3 du code de la santé publique constituait l'un des « *cas prévus par la loi* » mentionné à l'article 226-19 du code pénal. Le Conseil constitutionnel a écarté cette interprétation. Après avoir présenté l'objet des dispositions de l'article 226-19 du CP, le Conseil a relevé que « *les dispositions de l'article L. 1223-3 du code de la santé publique*

<sup>42</sup> Décisions n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, cons. 30 et n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013, *Loi relative à la transparence de la vie publique*, cons. 27 et 28.

<sup>43</sup> Décision n° 82-145 DC du 10 novembre 1982, *Loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail*, cons. 3 et 4.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 40 à 42.

<sup>46</sup> Décision n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013, précitée, cons. 9 à 11.

*n'ont pas pour objet de définir une exception à cette incrimination* » (cons. 11). En l'espèce, « *les cas prévus par la loi* » visés par l'article 226-19 du CP sont principalement ceux prévus par l'article 8 de la loi « Informatique et Libertés ». En effet, comme le relève le Conseil, les « *exceptions sont en particulier définies par l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978* » (cons. 11) dont le premier paragraphe « *interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître[...] les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci* ». Quant au second paragraphe du même article, il énumère les exceptions à ce principe et, notamment, « *les traitements nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé* ». Enfin, le Conseil a rappelé que, dans sa décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 précitée, l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 dans sa rédaction issue de l'article 2 de la loi du 6 août 2004 précitée a été déclaré conforme à la Constitution (cons. 11).

Cette interprétation des deux articles étant posée, l'appréciation de leur conformité à la Constitution était distincte. Elle ne posait de difficulté ni dans l'un ni dans l'autre cas.

D'une part, le Conseil a considéré « *qu'en adoptant l'article 226-19, le législateur a défini de manière claire et précise le délit d'enregistrement ou de conservation en mémoire informatisée des données à caractère personnel* » (cons. 12). Il a jugé « *qu'en prévoyant des exceptions dans les "cas prévus par la loi" à l'incrimination qu'elles définissent, les dispositions de cet article ne méconnaissent pas le principe de légalité des délits et des peines* » (cons. 12).

Après avoir précisé qu'il ne lui appartenait pas « *de porter une appréciation sur les mesures réglementaires prises pour l'application des dispositions de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978* » (cons. 13), il a jugé que « *les dispositions du premier alinéa de l'article 226-19 du code pénal ne portent aucune atteinte au principe de légalité des délits et des peines* » (cons. 14).

D'autre part, le Conseil a jugé que « *les dispositions de l'article L. 1223-3 du code de la santé publique, qui se bornent à imposer aux établissements de transfusion sanguine de "se doter de bonnes pratiques dont les principes sont définis par un règlement établi par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé après l'avis de l'Établissement français du sang, homologué par arrêté du ministre chargé de la santé et du ministre de la défense...", ne méconnaissent aucun droit ou liberté que la Constitution garantit* » (cons 15).