

Paris, le 31 mai 2018

**Observations du Gouvernement  
sur la loi relative à la protection des données  
personnelles**

Le Conseil constitutionnel a été saisi d'un recours de plus de soixante députés contre la loi relative à la protection des données personnelles.

Ce recours appelle, de la part du Gouvernement, les observations suivantes.

\*\*\*

**I/** Il est soutenu par les sénateurs requérants que la loi déferée porte doublement atteinte à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 et qui impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi (en ce sens notamment la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, cons. 9).

**1°/** Sont d'abord invoquées, à ce titre, diverses « *divergences* » ou « *contradictions* » entre la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés telle que modifiée par la loi déferée et le droit de l'Union.

**a)** Il y a lieu d'observer, à titre liminaire, que la complexité de l'architecture normative en la matière est inhérente à l'articulation des textes du droit de l'Union, constitués d'une part du 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, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données, RGPD) – lequel, certes obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable en vertu de l'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, laisse aux États membres des marges de manœuvre sur un grand nombre de points – et, d'autre part, de 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, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil.

Dans ce contexte, le contrôle de constitutionnalité de celles des dispositions de la loi déferée qui sont prises pour la transposition en droit interne des objectifs poursuivis par la directive a vocation à s'exercer dans le cadre défini par la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 (cons. 18 à 20 et 28 à 35). Ainsi, d'une part, n'appartient-il pas au Conseil constitutionnel de se prononcer sur celles qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de la directive, sauf à ce que cette transposition aille à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ; d'autre part, si la transposition en droit interne d'une directive est une exigence découlant de l'article 88-1 de la Constitution, le Conseil ne saurait, compte tenu des délais dans lesquels il doit statuer, déclarer non conforme à cet article qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer.

Quant aux dispositions ayant pour objet d'adapter la législation nationale aux règles fixées par le RGPD, elles doivent, de l'avis du Gouvernement, faire l'objet du même contrôle. Hors cas de mise en cause de l'identité constitutionnelle de la France, c'est donc seulement lorsque le règlement laisse une marge de manœuvre aux États membres, ou lorsque la disposition est manifestement incompatible avec les prévisions inconditionnelles et précises du règlement, qu'il peut y avoir matière à censure par le Conseil constitutionnel, sans que l'invocation par les sénateurs requérants de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi puisse conduire à modifier cet équilibre.

**b)** Au cas d'espèce, aucune des dispositions critiquées n'est, selon le Gouvernement, contraire, ni encore moins manifestement contraire aux prévisions du RGPD, les « *discordances* » relevées par les sénateurs requérants procédant d'une interprétation erronée soit de la loi déferée, soit du RGPD.

S'agissant par exemple du droit à l'effacement (« droit à l'oubli ») garanti par l'article 17 du RGPD à la suite notamment de l'arrêt *Google Spain SL, Google Inc. contre Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Mario Costeja Gonzalez* de la Cour de justice de l'Union européenne (13 mai 2014, aff. C-131/12), il est soutenu que l'article 40 de la loi du 6 janvier 1978 modifié par l'article 24 de la loi déferée n'en assure qu'une mise en œuvre partielle en ce que, sans traiter la question dans sa globalité, il ne viserait que le cas spécifique des données qui ont été collectées dans le cadre de l'offre de services de l'information lorsque la personne concernée était mineure. Mais, d'une part, la loi déferée ne change rien à ce régime, ajoutant seulement à l'article 40 un III pris pour l'application de l'article 34 du RGPD relatif à la communication à la personne concernée d'une violation de données à caractère personnel. D'autre part, les auteurs du recours critiquent isolément le II de l'article 40, qui est issu de l'article 63 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique et qui traite en effet du cas particulier qu'ils mentionnent, mais qui doit se lire en combinaison avec le I de cet article 40, qui traite du droit à rectification des données dont, notamment, la communication ou la conservation est interdite, ainsi qu'avec l'article 17 du règlement qui est en tout état de cause d'application directe.

**2°/** Selon les sénateurs auteurs du recours, les modalités d'application de la loi déferée dans les collectivités d'outre-mer ne seraient pas clairement définies, ce qui caractériserait un nouveau manquement à l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi.

Tel n'est cependant pas le cas.

En ce qui concerne, d'abord, les collectivités d'outre-mer relevant du régime des régions ultrapériphériques au sens de l'article 349 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte, La Réunion et Saint-Martin), le RGPD et la directive y sont applicables ; la loi du 17 janvier 1978 et la loi déferée l'y sont également, dans les conditions du droit commun.

S'agissant ensuite des pays et territoires d'outre-mer de l'article 355, où le RGPD et la directive ne sont pas applicables, la loi déferée ne s'applique pas, en l'absence de disposition expresse et dans l'attente de l'ordonnance prévue au 3° du I de l'article 32 de la loi déferée, à ceux qui sont régis par le principe de spécialité législative (Nouvelle-Calédonie, Polynésie française, Terres australes et antarctiques françaises, îles Wallis et Futuna) ; c'est donc la loi du 6 janvier 1978 dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique qui continuera à s'y appliquer, conformément à son article 72. Pour ceux enfin qui sont régis par le principe d'identité législative (Saint-Pierre-et-Miquelon et Saint-Barthélemy), la loi déferée est applicable et doit être entendue comme rendant applicables les dispositions du RGPD qui en sont indissociables, dans des conditions qui pourront être aménagées par l'ordonnance prévue au 3° du I de l'article 32 de la loi déferée

**II/** Les sénateurs requérants critiquent ensuite les dispositions du 5° de l'article 1<sup>er</sup> de la loi déferée, complétant le a) du 4° de l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978 pour prévoir que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) peut être consultée, par le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, les commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat ou à la demande d'un président de groupe parlementaire sur toute proposition de loi relative à la protection des données à caractère personnel ou au traitement de telles données. Ces dispositions mettent en œuvre les dispositions, qui ne sont pas précises au sens de la jurisprudence issue de la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, du c) du 1 de l'article 57 du RGPD et du c) du 1 de l'article 46 de la directive imposant de prévoir que chaque autorité de contrôle national conseille le Parlement national. Il est soutenu qu'en n'apportant pas certaines précisions, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence et que ne seraient ainsi pas garanties la clarté et la sincérité des débats parlementaires sur les propositions de loi faisant l'objet d'un tel avis.

Le Gouvernement ne partage pas cette analyse. En ce qui concerne, d'abord, le régime de publicité de l'avis de la commission, il appartiendra aux autorités qui l'auront sollicité de le déterminer au cas par cas. Dans le silence du texte, c'est avant l'examen en commission que l'avis de la CNIL pourra être sollicité. Enfin le délai imparti à la CNIL pour se prononcer sera précisé par voie réglementaire, comme il l'est déjà, pour les saisines de la CNIL sur les projets de loi, à l'article 6-1 du décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 modifié ; seule la détermination des principes fondamentaux relatifs au fonctionnement des autorités administratives indépendantes est réservée à la loi par l'article 1<sup>er</sup> de la loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes.

**III/** Les auteurs de la saisine soutiennent que la loi déferée ne garantit pas, pour la CNIL, la séparation, exigée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 tel qu'interprété par la jurisprudence du Conseil constitutionnel (voir notamment la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, à propos de l'Autorité de la concurrence), entre les fonctions de poursuite et instruction d'une part, de jugement et de sanction d'autre part.

Le Gouvernement est d'un avis contraire.

1°/ Il observe, en premier lieu, que le texte en vigueur, issu de la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, offre déjà, par des mécanismes de séparation fonctionnelle, des garanties suffisantes au regard de l'article 16, ainsi que l'a jugé le Conseil d'État statuant au contentieux en refusant de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité (CE, 26 mars 2012, n° 353193, aux Tables du Recueil) : le président de la commission, qui peut seul engager la procédure et conduire l'instruction, ne siège pas au sein de la formation restreinte compétente en matière de sanctions, dont les membres ne peuvent participer à l'exercice des attributions de la commission en matière de traitement des réclamations, pétitions et plaintes, de saisine du procureur de la République au titre de l'article 40 du code de procédure pénale, et de pouvoirs de vérification et de contrôle de la mise en œuvre des traitements.

Or, en second lieu, la loi déferée ajoute encore des garanties supplémentaires. Son article 4 modifie les articles 17 et 18 de la loi du 6 janvier 1978 pour prévoir que les membres de la formation restreinte délibèrent hors de la présence des agents de la commission, à l'exception de ceux chargés de la tenue de la séance, et que le commissaire du Gouvernement ne peut davantage être présent au délibéré.

Il est enfin rappelé que s'appliquent à l'ensemble des membres de la CNIL les dispositions, relatives aux conflits d'intérêts, de l'article 12 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

2°/ Sans doute est-il encore soutenu que l'article 7 de la loi déferée, modifiant à l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978 le régime de la mise en demeure, donnerait à cette dernière le caractère d'une sanction ; cette mise en demeure continuant à être prononcée par le président de la CNIL, il en résulterait une violation des exigences d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Tel n'est pas le sentiment du Gouvernement. Le Conseil d'État statuant au contentieux avait jugé à plusieurs reprises, sous l'empire de la loi actuellement en vigueur, que la mise en demeure adressée à une personne de faire cesser les manquements qu'elle a constatés n'a pas le caractère d'une sanction (décision n° 340026 du 27 février 2012, aux Tables du Recueil sur un autre point ; décision n° 403776 du 15 décembre 2017, aux Tables du Recueil sur un autre point), alors même qu'en vertu de l'article 46 elle peut d'ores et déjà être rendue publique. Or la seule circonstance que, dans le régime issu de la loi déferée, le prononcé par la formation restreinte d'une sanction ne soit plus nécessairement précédé d'une mise en demeure ne suffit pas à attirer cette dernière dans le champ des sanctions. Le grief sera donc écarté dans cette mesure aussi.

IV/ L'article 44 de la loi du 17 janvier 1978 confère à la CNIL d'importants pouvoirs de contrôle, comportant en particulier, pour ses membres et pour les agents de ses services habilités, un droit d'accès aux locaux servant à la mise en œuvre des traitements de données et un droit de communication des documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission. Les 3° à 5° de l'article 5 de la loi déferée étendent ces pouvoirs sans prévoir de règles particulières pour les pouvoirs publics constitutionnels. Les sénateurs requérants y voient une atteinte au principe de leur autonomie, qui relève du respect de la séparation des pouvoirs (en ce sens notamment la décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001), constitutif selon eux de l'identité constitutionnelle de la France et justifiant, comme tel, une adaptation incomplète de la législation nationale au droit de l'Union.

Celui-ci ne comporte, au 3 de l'article 55 du RGPD et au 2 de l'article 45 de la directive, d'exception qu'à l'égard des juridictions dans l'exercice des fonctions juridictionnelles, ce que rappelle le V ajouté à l'article 44 de la loi du 6 janvier 1978 par le 5° de l'article 5 de la loi déferée. Pour le reste, il sera observé que les dispositions définissant les pouvoirs de contrôle de la CNIL n'ont jamais comporté de règle particulière pour les pouvoirs publics constitutionnels, sans que le Conseil constitutionnel y voie une atteinte à la séparation des pouvoirs (voir ainsi la décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 15 à 18, à propos d'une disposition imposant à toute personne interrogée dans le cadre des vérifications faites par la commission de lui fournir les renseignements demandés par celle-ci) ; de même, les pouvoirs de contrôle sur place du Défenseur des droits, tels que définis à l'article 22 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, ne sont pas assortis de restrictions particulières pour les pouvoirs publics constitutionnels, sans que le Conseil constitutionnel ait relevé de difficulté à ce titre dans sa décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011.

V/ Quant au contenu des sanctions, dont le régime est modifié par l'article 7 de la loi déferée, les sénateurs requérants invoquent deux séries de griefs.

1°/ Ils voient d'abord dans le cumul, expressément autorisé par le III de l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, d'une mise en demeure et de l'une des mesures prévues aux 1° à 7° de ce même III, comme dans le cumul d'un avertissement et d'une telle mesure, une atteinte aux principes d'égalité devant la loi et de proportionnalité des peines.

Or, d'une part, ainsi qu'il a été souligné ci-dessus, dans le régime issu de la loi déferée, la mise en demeure ne présente pas davantage qu'auparavant le caractère d'une sanction. D'autre part, l'avertissement, qui était, depuis la loi du 29 mars 2011, expressément qualifié de sanction et auquel, pour la période antérieure, la jurisprudence avait donné la même qualification (décision n° 340026 déjà mentionnée du Conseil d'État), a en revanche perdu ce caractère ; dans la définition qu'en donne le a) du 2 de l'article 58 du RGPD et que reprend l'article 45 modifié de loi, il s'agit d'une mesure correctrice ayant pour objet d'avertir un responsable de traitement du fait que les opérations envisagées sont susceptibles de violer les dispositions du règlement ; se situant en amont de la mise en œuvre, elle apparaît dès lors comme dépourvue de la finalité répressive qui, seule, pourrait lui conférer le caractère d'une sanction. Dans un cas comme dans l'autre, le cumul avec l'une des sanctions énumérées au III de l'article 45 n'est dès lors pas susceptible de se heurter à un obstacle constitutionnel.

2°/ Le plafond de l'amende susceptible d'être infligée à une entreprise, soit dans certaines hypothèses 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires, le montant le plus élevé étant retenu, n'est pas contesté en tant que tel comme contraire au principe de proportionnalité des peines ; aussi bien résulte-t-il directement, en tout état de cause, des dispositions précises et inconditionnelles de l'article 83 du RGPD, qui s'imposait dès lors au législateur national au titre de l'article 88-1 de la Constitution. Il est cependant soutenu que le prononcé de sanctions d'un tel montant appelait des garanties procédurales supplémentaires qui n'ont pas été prises. Dès lors toutefois que la procédure de sanction respecte de manière générale, comme il en a été précédemment justifié, les exigences constitutionnelles, il n'apparaît pas qu'elle doive connaître des aménagements particuliers lorsque l'amende prononcée est d'un montant important.

**VI/** Selon les sénateurs auteurs du recours, l'article 13 de la loi déferée porterait atteinte au droit au respect de la vie privée et affecterait les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques en ne déterminant pas avec suffisamment de précisions et restrictions, dans les modifications apportées à l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978, les conditions dans lesquelles sont susceptibles d'être mis en œuvre des traitements de données à caractère personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté.

**1°/** Est d'abord critiquée à ce titre la mention selon laquelle de tels traitements ne peuvent être mis en œuvre, si ce n'est par les personnes définies aux 1° à 5° de l'article 9 modifié, que « *sous le contrôle de l'autorité publique* », notion qui laisserait trop de place à l'interprétation. Mais cette disposition, qui reprend les termes mêmes des dispositions précises et inconditionnelles de l'article 10 du RGPD et ne saurait donc être utilement contestée, renvoie aux cas dans lesquels l'autorité publique détermine ou approuve l'ensemble des caractéristiques du traitement, lesquelles doivent par ailleurs respecter les règles de droit commun résultant notamment de l'article 5 du RGPD (principes de licéité, loyauté et transparence dans le traitement des données, limitation de la collecte à des finalités déterminées, obligations d'exactitude et de tenue à jour, durée maximale de conservation) et être déterminées, en vertu de l'article 35, au vu d'une analyse préalable de l'impact des opérations de traitement envisagées.

**2°/** Sont en outre contestés par le recours, s'agissant des traitements de données relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté que l'article 10 du RGPD autorise par ailleurs les États membres à autoriser sous réserve de garanties appropriées pour les droits et libertés :

**a)** l'ajout, au 1° de l'article 9 – qui, en l'état, vise les juridictions, les autorités publiques et les personnes morales gérant un service public –, des personnes morales de droit privé collaborant au service public de la justice, dont il est soutenu qu'aucune garantie ne vient entourer la détermination. La disposition, que la CNIL avait estimée opportune dans son avis sur le projet de loi, prévoit toutefois que la liste en sera fixée par décret en Conseil d'État, après avis motivé et publié de la CNIL, et que cette faculté ne leur sera ouverte que dans la mesure strictement nécessaire à leur mission. Sont notamment visées, en pratique, les associations d'aide aux victimes ou les associations accompagnant les personnes placées sous main de justice, pour leur faciliter l'exercice de leurs missions, qui sont d'intérêt général ;

**b)** l'insertion d'un 3° relatif aux personnes physiques ou morales, en tant que victimes ou mises en causes, aux fins de leur permettre de préparer et, le cas échéant, d'exercer et de suivre une action en justice, ou de faire exécuter la décision rendue. Contrairement à ce qui est soutenu, cette disposition, qui concourt à la mise en œuvre de l'exigence constitutionnelle d'effectivité du droit au recours, prend en compte les motifs de la censure prononcée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 à l'égard d'une disposition visant les mêmes personnes (cons. 11 et 12) : les finalités des traitements concernés ont été définies de manière plus restrictive, il est précisé que le traitement ne pourra être mis en œuvre que pour une durée strictement proportionnée à ces finalités et les modalités de communication des données aux tiers sont strictement encadrées par l'exigence qu'elle soit nécessitée par la poursuite des mêmes finalités et soumise aux mêmes conditions ;

**c)** le maintien sans modification, au 4° de l'article 9, de la mention des sociétés de gestion collective des droits d'auteur et droits voisins visées aux articles L. 321-1 et L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle, alors selon le recours, invoquant sur ce point la décision du 29 juillet 2004 déjà mentionnée (cons. 13), que le respect de la vie privée ne serait plus garanti du fait de la suppression de l'autorisation préalable par la CNIL des traitements qu'elles

mettent en œuvre pour la défense de ces droits. Mais ces droits sont constitutionnellement garantis au titre de la propriété et la suppression de l'autorisation préalable s'inscrit dans la logique globale du RGPD qui allège certes les formalités préalables – moyennant toutefois, conformément aux articles 35 et 36 du règlement, un analyse de l'impact des opérations envisagées en cas de risque élevé pour les droits et libertés et, le cas échéant, de la consultation préalable de la CNIL – mais renforce les contrôles et les droits des personnes concernées dans la mise en œuvre des traitements.

**VII/** S'agissant des traitements de données à caractère personnel dans le domaine de la santé, l'article 16 de la loi déferée réécrit entièrement le chapitre IX de la loi du 17 janvier 1978. L'article 53 nouveau exclut toutefois expressément du champ d'application de ce chapitre IX, au 3°, les traitements « *mis en œuvre aux fins d'assurer le service des prestations ou le contrôle par les organismes chargés de la gestion d'un régime de base d'assurance maladie ainsi que la prise en charge des prestations par les organismes d'assurance maladie complémentaire* ».

Les sénateurs requérants soutiennent que le texte ouvre ainsi aux organismes complémentaires d'assurance maladie un accès automatique aux données de santé à caractère personnel issues de la facturation des soins, sans avoir à recueillir le consentement préalable des patients ; serait ainsi permise l'utilisation de ces données personnelles pour fixer le prix des assurances et à des fins de choix thérapeutique ou médical et il en résulterait une atteinte à la liberté de choix du médecin par le patient ou à la liberté de prescription du médecin.

Outre que ces libertés n'ont, en l'état de la jurisprudence, jamais été consacrées comme recevant une protection de niveau constitutionnel, il y a lieu d'observer que la disposition critiquée ne change pas l'état actuel du droit. Les traitements de données des organismes complémentaires d'assurance maladie restent soumis au droit commun de la loi du 6 janvier 1978 modifiée et désormais du RGPD ; seule est exclue l'application du chapitre IX de la loi, comme c'était déjà le cas auparavant puisque ce chapitre IX ne concernait jusqu'alors que les traitements à finalité de recherche, étude ou évaluation dans le domaine de la santé.

Trouvent donc notamment à s'appliquer, outre les principes généraux de licéité, de loyauté et de transparence de l'article 5 du RGPD, les droits des personnes concernées : droit à l'information (articles 12 à 14), droit d'accès aux données (article 15), droits de rectification et d'effacement (articles 16 et 17), droit à la portabilité des données (article 20) et le droit d'opposition (article 21). Les organismes complémentaires d'assurance maladie sont, de même, soumis aux obligations de tout responsable de traitement : mise en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées (article 25), mise en place de mesures de protection des données (article 24), obligation de notifier à la CNIL toute violation de donnée en cas de risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques (article 33), réalisation en amont d'une analyse d'impact et, le cas échéant, consultation de la CNIL (articles 35 et 36), pouvoirs de contrôle et de sanction de la CNIL. D'autres dispositions spécifiques du code de la santé publique ou du code de la sécurité sociale continuent par ailleurs de s'imposer à eux.

Contrairement à ce qui est soutenu, l'article 53 nouveau n'a donc notamment ni pour objet ni pour effet d'ouvrir aux organismes complémentaires d'assurance maladie un accès automatique aux données de santé. Conformément à l'article 6 du RGPD, ils devront recueillir le consentement des personnes concernées, sauf lorsque, notamment, le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à la sauvegarde de ses intérêts vitaux.

Le grief est donc dépourvu de tout fondement.

**VIII/** Les sénateurs requérants soutiennent que les termes dans lesquels l'article 7-1 inséré dans la loi du 6 janvier 1978 par l'article 20 de la loi déferée définit les conditions du consentement des mineurs au traitement de données personnels les concernant dans le cadre de l'offre directe de services de la société de l'information méconnaissent manifestement la portée de l'article 8 du RGPD et violent par là-même l'article 88-1 de la Constitution.

Le Gouvernement ne partage nullement cette analyse.

C'est d'abord en application d'une marge de manœuvre expressément offerte aux États membres que l'article 7-1 nouveau fixe à quinze ans, plutôt qu'à seize comme le prévoit en principe le RGPD, l'âge à compter duquel le mineur pourra consentir, seul, au traitement de données le concernant, par dérogation aux règles du code civil selon lesquelles le mineur non émancipé est réputé incapable.

Pour les mineurs de quinze ans, l'article 7-1 prévoit ensuite que le consentement sera donné conjointement par lui-même et le titulaire de l'autorité parentale. Il respecte, ce faisant, les termes de l'article 8 du RGPD, qui offre le choix, comme le confirment l'ensemble des versions linguistiques, entre un consentement donné pour le mineur par le seul titulaire de l'autorité parentale, ou seulement autorisé par ce dernier, c'est-à-dire, faut-il nécessairement entendre, sur demande et donc avec le consentement du mineur.

Il est à noter que, dans une hypothèse comme dans l'autre, les modalités pratiques de recueil du consentement et le caractère vérifiable des indications fournies à cet égard sont des questions délicates, qui ne sont pas épuisées par le considérant 32 du RGPD et qui sont en cours de discussion au sein de l'instance devenue, avec les articles 68 et suivants du règlement, le comité européen de la protection des données réunissant les représentants des autorités de contrôle des différents États membres.

**IX/** L'article 21 de la loi déferée réécrit l'article 10 de la loi du 6 janvier 1978 pour rappeler le principe, fixé à l'article 22 du RGPD, suivant lequel aucune décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ou l'affectant de manière significative ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel.

Ce principe est assorti d'exceptions permises par le règlement dès lors que des mesures appropriées sont prévues pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes des personnes concernées. Parmi ces exceptions figure celle, au 2°, des décisions administratives individuelles prises dans le respect de l'article L. 313-3-1 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), c'est-à-dire prises sur le fondement d'un traitement algorithmique comportant une mention explicite en informant l'intéressé, auquel est alors reconnu le droit de se faire communiquer, à sa demande, les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre ; la réserve, à l'article L. 311-3-1, des secrets mentionnés au 2° de l'article L. 311-5, a pour effet d'exclure du champ de cette exception les décisions reposant sur des règles dont la divulgation porterait atteinte à ces secrets.

**1°/** Les auteurs de la saisine soutiennent d'abord que la portée de ces dispositions est incertaine et méconnaît de ce fait les objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Il n'en est rien, ainsi que cela ressort de la présentation ci-dessus.

Quant à l'argument tiré des dispositions du dernier alinéa du I de l'article L. 612-3 du code de l'éducation tel que modifié par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2018-166 du 8 mars 2018 relative à l'orientation et à la réussite des étudiants, qui répute satisfaites, pour les candidats de la procédure nationale de préinscription dans les formations du premier cycle universitaire, les obligations résultant de l'article L. 311-3-1 du CRPA dès lors que les intéressés sont informés de la possibilité d'obtenir la communication des informations relatives aux critères et modalités d'examen de leurs candidatures ainsi que des motifs pédagogiques des décisions prises, il est inopérant. Les décisions d'affectation dans une formation initiale de l'enseignement supérieur ne sont, en effet, précisément pas prises sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données, les vœux des candidats étant étudiés par une commission d'examen créée pour chaque formation ; de même, une commission d'accès à l'enseignement supérieur traite individuellement les demandes de réexamen qui lui sont présentées par les candidats. Ces décisions relèvent donc du principe général posé au deuxième alinéa de l'article 10 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, et non pas de l'exception du 2°.

2°/ Les sénateurs requérants font ensuite valoir que, dans le champ de l'exception à la prohibition des décisions individuelles automatisées, les garanties apportées par le législateur sont insuffisantes ; tel serait notamment le cas de la mention selon laquelle le responsable de traitement doit « *s'assurer de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail ou sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard* ».

Selon le Gouvernement, cette disposition a pourtant précisément pour objet de répondre à la crainte exprimée par les auteurs du recours. Sa portée est en effet d'interdire qu'une décision administrative soit fondée sur un algorithme qui n'est pas explicable, par exemple parce qu'il est auto-apprenant, c'est-à-dire capable de réviser de lui-même les règles qu'il applique en fonction de l'objectif qui lui est assigné : serait, dans cette hypothèse, perdue par l'administration la « *maîtrise* » exigée par la loi déférée. Ne pourront donc être utilisés comme fondement exclusif d'une décision administrative que les algorithmes appliquant aux données qui leur sont fournies une suite d'opérations logiques ou mathématiques programmées par leur concepteur, celui-ci étant donc en mesure de faire en sorte, sous le contrôle, le cas échéant, de la CNIL et des juridictions compétentes, que ces opérations correspondent à des critères conformes aux dispositions législatives ou réglementaires applicables.

Les dispositions litigieuses ne portent ainsi nullement atteinte à la garantie des droits de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

X/ À l'article 30, la loi déférée réécrit, dans un chapitre XIII rétabli au sein de la loi du 6 janvier 1978, les dispositions applicables aux traitements relevant de la directive, c'est-à-dire mis en œuvre à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquête et de poursuite en la matière ou d'exécution de sanctions pénales.

1°/ Selon le recours, le nouvel article 70-1 autorise toute autorité publique compétente mais aussi tout autre organisme ou entité à qui a été confié, à ces mêmes fins, l'exercice de l'autorité publique et des prérogatives de puissance publique, à mettre en œuvre de tels traitements ; faute de précision supplémentaire, cette disposition serait entachée d'incompétence négative, méconnaîtrait le droit au respect de la vie privée et violerait la prohibition constitutionnelle de la délégation de missions de souveraineté incombant à l'État à une personne privée (en ce sens par exemple la décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 87).

La portée de la disposition n'est cependant pas celle que lui prêtent les sénateurs requérants. Son objet, en effet, n'est en aucun cas de doter par elle-même des organismes ou entités de prérogatives de puissance publique et de leur permettre de mettre en œuvre des traitements de données pénales ; il s'agit seulement de définir le champ d'application des dispositions du chapitre XIII en y incluant, outre les traitements mis en œuvre par l'autorité publique, ceux qui seraient, le cas échéant seulement – c'est-à-dire si d'autres dispositions nationales se trouvent par ailleurs, et dans le respect de la Constitution, leur confier de tels pouvoirs –, mis en œuvre par d'autres organismes ou entités. La disposition est donc protectrice en ce qu'elle étend, à toutes fins utiles, le champ d'application des dispositions des articles 70-2 et suivants.

Ce faisant, elle se borne en outre à tirer les conséquences nécessaires des dispositions précises et inconditionnelles du 7 de l'article 3 de la directive.

2°/ Les sénateurs requérants font reproche au nouvel article 70-2 de ne subordonner le traitement de données dites sensibles, visées au I de l'article 8 – celles qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci – qu'à une nécessité absolue et au respect de garanties appropriées pour la personne concernée, sans définir ces garanties ni exiger d'autorisation préalable par la CNIL ; le législateur aurait ainsi méconnu l'étendue de sa compétence et portée atteinte au droit au respect de la vie privée.

Il y a cependant lieu d'observer, sur ce point, que les dispositions litigieuses ne font que transposer en droit interne les dispositions précises et inconditionnelles de l'article 10 de la directive, dans des termes strictement identiques ; faute d'atteinte à une règle ou un principe inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, elles ne sont donc pas utilement critiquées.

Quant au fond, il convient d'ajouter qu'il n'y avait pas lieu de définir, au niveau de la loi, des garanties qui, comme il est dit au considérant 37 de la directive, pourront toucher à la sécurisation des données, aux règles d'accès ou encore à la possibilité de ne collecter ces données qu'en rapport avec d'autres données relatives à la personne concernée, mais qui ne pourront être utilement déterminées qu'au cas par cas, en fonction de la finalité du traitement considéré et des données collectées à cette fin pour renforcer les exigences de droit commun de l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978, qui s'appliqueront en tout état de cause et sont rappelées à l'article 70-1. Il sera enfin relevé que les formalités préalables au traitement ont été maintenues à l'article 70-3 pour l'ensemble des fichiers relevant de la directive et mis en œuvre pour le compte de l'État, et que pour le reste, la circonstance qu'un traitement ait vocation à concerner des données sensibles est considérée, en vertu de l'article 70-4, comme valant existence d'un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques et imposant à ce titre la réalisation d'une analyse d'impact préalable avec, le cas échéant, consultation de la CNIL.

Le grief sera donc écarté.

**XI/** Tirant les conséquences de la décision n° 2017-670 QPC du 27 octobre 2017, la loi déferée réécrit, par son article 36, l'article 230-8 du code de procédure pénale qui définit les cas dans lesquels les personnes concernées peuvent demander au procureur de la République l'effacement, avant l'expiration du délai normal de conservation, des données collectées dans le traitement des antécédents judiciaires (TAJ).

Ce traitement, créé par un décret n° 2012-652 du 4 mai 2012 pris sur le fondement des articles 230-6 à 230-11 du code de procédure pénale (CPP) eux-mêmes issus de l'article 11 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, a une double finalité. Il s'agit d'abord, comme le prévoit l'article 230-6 du CPP, de faciliter la constatation des infractions à la loi pénale, le rassemblement des preuves de ces infractions et la recherche de leurs auteurs. Mais l'article 17-1 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité modifiée ainsi que les articles L. 114-1 et L. 234-1 et suivants du code de la sécurité intérieure (CSI) lui assignent également des fonctions administratives : de nombreuses enquêtes administratives, en matière d'acquisition de la nationalité française, de délivrance de titres pour les étrangers et d'accès à certains emplois, notamment ceux participant à l'exercice des missions de souveraineté de l'État ou relevant du domaine de la sécurité ou de la défense, donnent ainsi lieu à la consultation du TAJ.

Les conditions d'effacement des données revêtent dès lors une importance particulière. À cette fin, des possibilités d'effacement anticipé n'avaient, à l'origine, été expressément prévues pour les données concernant les personnes mises en cause que pour autant que celles-ci aient fait l'objet soit d'une décision de relaxe ou d'acquiescement définitive, soit d'une décision de non-lieu ou de classement sans suite motivé par une insuffisance de charges ; le Conseil d'État avait interprété le texte comme permettant aussi un examen au cas par cas dans l'hypothèse d'un classement sans suite pour un motif autre que l'insuffisance des charges (avis CE, 30 mars 2016, n° 395119, au Recueil), ce que le législateur a ensuite consacré par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, qui a modifié l'article 230-8 du CPP en y introduisant en outre une voie de recours devant le président de la chambre de l'instruction.

Par sa décision du 27 octobre 2017, le Conseil constitutionnel a toutefois jugé constitutive d'une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée l'impossibilité persistante, pour les personnes condamnées, d'obtenir l'effacement de leurs données personnelles inscrites. L'article 36 de la loi déferée comble cette lacune et réécrit entièrement, à cette fin l'article 230-8. Deux griefs sont formulés à son encontre par les sénateurs requérants.

1°/ Ils soutiennent en premier lieu que le fait de subordonner la recevabilité des demandes des personnes condamnées sans dispense de peine ni dispense de mention au casier judiciaire à l'absence de toute mention de nature pénale, même sans lien avec l'inscription à l'origine de la demande, dans le bulletin n° 2 de son casier judiciaire, constitue une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée.

Cette critique est, aux yeux du Gouvernement, dépourvue de fondement.

D'une part, en effet, les mentions figurant au bulletin n° 2 peuvent elles-mêmes en être retirées selon divers mécanismes de droit commun, mentionnés à l'article 775 du CPP : dispense d'inscription pouvant intervenir à tout moment (article 775-1 du CPP), réhabilitation de plein droit (article 133-13 du code pénal), réhabilitation judiciaire (article 786 du CPP), ou condamnations prononcées avec sursis et devenues non avenues. Dans tous ces cas, la demande d'effacement des données du TAJ sera ainsi recevable.

D'autre part, la circonstance que figurent au bulletin n° 2, auquel l'administration a également accès pour les besoins de ses enquêtes, des mentions de nature pénale, réduit très fortement l'intérêt qui s'attache, pour une personne condamnée à obtenir l'effacement, qui ne serait en tout état de cause pas de droit, des données le concernant dans le TAJ.

Le grief ne saurait donc prospérer.

2°/ Ils soutiennent en second lieu que la différence qui est faite entre les cas de relaxe ou acquittement d'une part, et les cas de non-lieu ou classement sans suite d'autre part, est une rupture d'égalité prohibée par la Constitution.

Dans le premier cas, l'effacement des données est de principe, sauf décision contraire du procureur de la République ; dans le second au contraire, le principe est le maintien des données, sauf à ce que le procureur en décide autrement. Mais cette différence de traitement ne présente aucun caractère de nouveauté et, dans les états antérieurs du texte, le Conseil constitutionnel n'a pas vu là d'atteinte au principe d'égalité (voir notamment la décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, cons. 12 et la décision n° 2017-670 QPC du 27 octobre 2017 déjà mentionnée) ; elle correspond en effet à une différence de situation, les décisions de relaxe ou acquittement seules étant revêtues de l'autorité de la chose jugée et faisant obstacle à ce que la personne soit à nouveau condamnée ou poursuivie pour les mêmes faits, comme le prévoit l'article 6 du code de procédure pénale ; à l'inverse, les décisions de non-lieu à l'issue d'une instruction, ou de classement sans suite, n'entraînent pas l'extinction de l'action publique. Cette différence de situation étant en rapport avec les finalités notamment judiciaires du traitement, la distinction opérée par la loi n'est pas contraire au principe d'égalité.

\*

Pour ces raisons, le Gouvernement est d'avis qu'aucun des griefs articulés par les auteurs de la saisine n'est de nature à conduire à la censure des dispositions de la loi relative à la protection des données personnelles. Aussi estime-t-il que le Conseil constitutionnel devra rejeter le recours dont il est saisi.