

	Documents
1.	<a href="#">La nouvelle loi Informatique et libertés Une transposition du RGPD ? - Etude Étude rédigée par Matthieu Bourgeois et Marion Moine</a> La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires 26 Juillet 2018 26 Juillet 2018 <b>Type d'article</b> : Etudes JCP E 2018, 1417

[Retour à la liste](#)

Document 1 de 1



La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 30, 26 Juillet 2018, 1417

## La nouvelle loi Informatique et libertés . - Une transposition du RGPD ?

Etude Étude rédigée par Matthieu Bourgeois  
avocat associé, KGA Avocats

et Marion Moine  
avocat, KGA Avocats

### DONNÉES PERSONNELLES

Sommaire

Étonnante loi que celle adoptée le 20 juin 2018 ayant modifié la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (« LIL »)... Si l'entrée en application du règlement général sur la protection des données n° 2016/679 (« RGPD ») rendait nécessaire un toilettage de la LIL, celui-ci aurait dû aboutir à supprimer purement et simplement un grand nombre de ses dispositions, figurant désormais dans le RGPD. Tel n'a pas été le cas. D'une part, car le texte communautaire, de manière inhabituelle pour un Règlement, laissait aux États membres le soin de transposer certaines de ses dispositions qui, à défaut, ne s'appliqueraient pas dans leur ordre interne : c'est le mécanisme des « marges de manoeuvre ». D'autre part, parce que, en dehors de ces « marges de manoeuvre », le législateur a décidé, pour des raisons symboliques, de maintenir l'essentiel du texte français, dont certaines dispositions ont été alignées sur celles du RGPD, quitte à laisser coexister un grand nombre d'autres propositions redondantes avec le texte communautaire. Exercice inédit, donc, que celui auquel s'est livré le législateur français avec cette nouvelle loi : celui consistant à « transposer » un Règlement.

1. - Vingt-six pages, 37 articles, la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles (que certains appellent déjà « LIL III » - en référence à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite loi Informatique et libertés ou « LIL » - que le législateur modifie substantiellement pour la troisième fois depuis 1978<sup>Note 1</sup>) était attendue depuis l'adoption, par le Parlement européen, du Règlement général sur la protection des données n° 2016/679 (« RGPD »)<sup>Note 2</sup> dont certaines dispositions divergeaient du texte

français. Cette nouvelle loi transpose également la directive 2016/680 du 27 avril 2016 relative aux traitements réalisés par les autorités compétentes à des fins de lutte contre les infractions pénales<sup>Note 3</sup>, que nous n'aborderons pas dans la présente étude.

Quoi qu'il en soit, pour la seule partie relative au RGPD, la LIL est plus substantielle que prévue. Ainsi, de 33 pages, la LIL passe à 45 pages... Cette croissance du texte français s'explique en réalité par les nombreuses marges de manoeuvre nationales que le RGPD laisse aux États membres, et que la France a choisi d'exploiter pour partie.

C'est donc un nouveau paysage qui se dessine et avec lequel doivent se familiariser toutes les entreprises et organisations. Et ce d'autant plus rapidement que le nouveau texte, paru au *Journal officiel* du 21 juin 2018, entre en vigueur rétroactivement au 25 mai 2018 - date d'entrée en application du RGPD -, après avoir passé avec succès l'examen du Conseil constitutionnel<sup>Note 4</sup>.

Il faut distinguer, à notre sens, les dispositions ayant exploité les marges de manoeuvre laissées par le RGPD, des autres dispositions (qui alignent certaines dispositions du texte français avec ce dernier, ou touchant à des spécificités indépendantes du texte communautaire).

## 1. L'exploitation des marges de manoeuvre

2. - De manière inhabituelle pour un règlement communautaire<sup>Note 5</sup>, le RGPD aménage la faculté, pour les États membres, de transposer, dans leur droit national, certaines dispositions qui, à défaut, n'auront pas d'applicabilité directe dans leur ordre juridique interne. Ces dispositions facultatives (ci-après les « marges de manoeuvre nationales »), que le Sénat a comptées au nombre de 56 dans le RGPD<sup>Note 6</sup>, ont été en partie exploitées par le législateur français (ci-après les « spécificités françaises »), qui a pris le parti de leur conférer un rayonnement territorial plus large qu'aux autres règles de droit commun. Avant d'en détailler le contenu, revenons brièvement sur ce champ d'application territorial exorbitant.

### A. - Un champ d'application territorial plus large pour les spécificités françaises

3. - Le législateur a choisi d'instaurer un critère de rattachement territorial particulier pour les spécificités françaises, traduisant un choix politique de la France, teinté de souverainisme<sup>Note 7</sup>, qu'il est possible de résumer de la manière suivante.

4. - Par principe, les spécificités françaises s'appliquent « *dès lors que la personne concernée réside en France* », et ce « *y compris lorsque le responsable de traitement n'est pas établi en France* »<sup>Note 8</sup>. Ce critère de rattachement exorbitant (lieu de résidence des personnes concernées) confère un large rayonnement au droit français, écartant les droits des autres États membres<sup>Note 9</sup>. Ce choix, qui peut paraître curieux, est apparu opportun au législateur français, car « plus protecteur pour les personnes physiques concernées, qui n'ont alors pas à s'interroger sur le droit applicable dans un autre État membre de l'Union, lequel n'est bien souvent pas accessible dans leur langue »<sup>Note 10</sup>.

5. - Par exception, les spécificités françaises ne s'appliquent pas aux traitements réalisés à des fins journalistiques ou d'expression universitaire, artistique ou littéraire<sup>Note 11</sup> : dans ce cas, c'est la loi du pays d'établissement du responsable de traitement qui s'appliquera, et non celle du lieu de résidence des personnes concernées. Cette solution, qui tire sa source du RGPD<sup>Note 12</sup>, s'explique par la valeur attachée par le droit communautaire à la liberté d'expression. Ainsi, les responsables de traitement qui fondent leur finalité sur cette liberté (un site de presse en ligne par exemple), lorsqu'ils sont établis en France, n'auront pas à respecter les prescriptions particulières d'un autre État membre<sup>Note 13</sup> et pourront, par exemple, opposer à un éventuel contrôle de l'autorité compétente le secret des sources journalistiques (inscrit dans la LIL par la loi nouvelle<sup>Note 14</sup>). Outre les traitements relatifs à la liberté d'expression et d'information, certaines spécificités françaises, antérieures au RGPD et qui ne relèvent d'aucune des marges de manoeuvre offertes par ce texte (comme le droit de contrôle *post-mortem* par exemple<sup>Note 15</sup>), devraient également échapper, en toute logique, au critère de rattachement exorbitant<sup>Note 16</sup> exposé *supra*.

6. - En dehors des dispositions relatives à l'exploitation des marges de manoeuvre nationales, la LIL sera d'application territoriale plus large que le RGPD. En effet, le législateur français n'a pas harmonisé le critère de l'activité dirigée qui persiste à différer entre la LIL (se référant au lieu de situation des moyens de traitement) et le RGPD (se référant au lieu du public cible). Ceci permettra d'appliquer plus largement la LIL à des responsables de traitement non établis en France, ne traitant pas de données relatives à des clients situés en France, ou n'étudiant pas leur comportement, mais disposant de moyens de traitement situés en France<sup>Note 17</sup>.

Exploitant largement les marges de manoeuvre offertes par le RGPD, le législateur français a édicté une série de règles spéciales ayant tantôt renforcé la protection des personnes physiques, tantôt atténué les obligations des acteurs de traitement

## B. - Les nouveautés substantielles de la nouvelle loi

7. - Exploitant largement les marges de manoeuvre offertes par le RGPD, le législateur français a édicté une série de règles spéciales ayant tantôt renforcé la protection des personnes physiques<sup>Note 18</sup>, tantôt atténué les obligations des acteurs de traitement<sup>Note 19</sup>.

### 1° Les règles renforçant la protection des personnes physiques

8. - Le législateur français a choisi de renforcer la protection des mineurs et des victimes.

#### a) Consentement du mineur : abaissement du seuil à 15 ans

9. - Le législateur français a usé de la faculté que lui offrait le RGPD<sup>Note 20</sup> qui fixe un seuil de minorité par défaut à 16 ans et laisse la faculté aux États membres de l'abaisser jusqu'à 13 ans.

10. - Le législateur français a fait le choix d'abaisser à 15 ans ce seuil<sup>Note 21</sup>, tout en prévoyant un mécanisme de double consentement (qui est alors donné « conjointement par le mineur (...) et le ou les titulaires de la responsabilité parentale »<sup>Note 22</sup>), qui a été validé par le Conseil constitutionnel<sup>Note 23</sup>.

11. - Il est permis de s'interroger sur l'application du double consentement, dont on ne voit pas la faisabilité en l'absence de dispositif technique permettant de garantir que l'adulte référant consent aux côtés de l'enfant. On précisera un dernier point : les traitements visés ici sont ceux fondés sur le consentement, « en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information »<sup>Note 24</sup>. Il en résulte que les traitements nécessaires à l'exécution d'un contrat en ligne conclu avec un mineur ne nécessitent pas le double consentement. Seuls les autres traitements - non nécessaires à l'exécution du contrat - devraient être soumis à ce double consentement<sup>Note 25</sup>.

#### b) L'instauration d'actions collectives en indemnisation

12. - Prenant conscience des difficultés pratiques auxquelles se heurtent les personnes lorsque leurs droits en la matière sont bafoués (coût et longueur des procédures), le législateur a saisi l'occasion de la nouvelle loi pour introduire deux nouveautés procédurales importantes : l'action de groupe indemnitaire et l'action par mandataire.

13. - **L'action de groupe indemnitaire.** - Pour rappel, est dite de « groupe » une action en justice engagée par une partie afin de faire valoir les intérêts individuels de tiers qui ne lui ont pas donné mandat pour ce faire. Ce type d'action doit être distingué, d'une part, de l'action en défense d'intérêt collectif (exercée par une partie, généralement une association ou un syndicat) qui agit pour défendre l'intérêt collectif de tiers (ceux de ses membres ou ceux pour lesquels elle perçoit seule réparation [celle-ci indemnisant le préjudice porté à l'intérêt collectif, et non pas aux intérêts individuels des tiers]) et, d'autre part, de l'action en représentation conjointe [exercée par une partie (le plus souvent une association)

agissant au nom et pour le compte (en vertu d'un mandat) de plusieurs autres personnes ayant subi des préjudices individuels de source commune].

14. - Depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016<sup>Note 26</sup>, il existait déjà une action de groupe, afin de faire cesser les manquements à la LIL. Il ne manquait plus qu'à l'étendre aux demandes de réparation, ce que le RGPD laissait aux États membres la liberté de prévoir<sup>Note 27</sup>. C'est précisément ce que vient faire la nouvelle loi<sup>Note 28</sup>, en assortissant cette nouvelle action des conditions suivantes :

- seules pourront agir : (a) des associations déclarées depuis au moins 5 ans, ayant pour objet statutaire la protection des données à caractère personnel, ou b) des associations de consommateurs représentatives au niveau national et agréées, ou enfin c) des organisations syndicales représentatives<sup>Note 29</sup> (ensemble dénommées les « associations et syndicats habilités ») ; une condition d'agrément, pour la première catégorie d'associations (a), a été vivement débattue par le Sénat, avant d'être finalement rejetée par l'Assemblée nationale<sup>Note 30</sup> ;
- la CNIL devra être systématiquement informée, par la juridiction, de l'exercice d'une action de groupe (qu'elle soit exercée à des fins indemnitaires, ou de cessation<sup>Note 31</sup>), et ce afin de lui permettre « d'exercer son nouveau droit de présenter des observations devant toute juridiction »<sup>Note 32</sup> ;
- seuls pourront être l'objet de cette nouvelle action de groupe indemnitaire, les faits postérieurs au 24 mai 2018<sup>Note 33</sup> ;
- l'action de groupe pourra être exercée uniquement devant une juridiction (civile ou administrative<sup>Note 34</sup>), mais pas devant la CNIL (ce qui aurait pu être envisagé pour l'action en cessation - l'article 80, 2 du RGPD le prévoit - et ne l'a pas été sous l'article 43 *ter* nouveau de la LIL).

15. - **L'action par mandataire.** - La nouvelle loi exploite la marge de manoeuvre nationale laissée à ce sujet par le RGPD<sup>Note 35</sup>, en ouvrant le droit, pour toute personne, de mandater une association ou une organisation syndicale pour agir devant la CNIL ou devant les juridictions<sup>Note 36</sup>.

16. - Dans ce cas, seules les associations et syndicats habilités<sup>Note 37</sup> peuvent être mandatés, ce qui crée des conditions plus strictes que celles visées par le RGPD<sup>Note 38</sup>, pouvant créer une difficulté de conformité entre la norme française (plus stricte pour les personnes concernées ici) et la norme communautaire (qui prévaudrait, dès lors).

Une nouvelle loi atténue certaines obligations, ayant toutes pour point commun de se rapporter à des traitements qui, bien que présentant des risques, sont indispensables au développement d'une société numérique

## 2° Les règles atténuant les obligations des acteurs de traitement

17. - La nouvelle loi atténue certaines obligations, ayant toutes pour point commun de se rapporter à des traitements qui, bien que présentant des risques, sont indispensables au développement d'une société numérique.

### a) L'assouplissement du régime applicable au traitement de données critiques

18. - La France exploite une marge de manoeuvre que lui laissait le RGPD en créant notamment de nouvelles exceptions au principe d'interdiction de traitement des données sensibles, puis en assouplissent le traitement des données relatives aux infractions.

19. - **(i) La création de trois nouvelles exceptions à la prohibition de traitement de données sensibles.** - En premier lieu, la nouvelle loi permet le traitement de « données biométriques strictement

*nécessaires au contrôle de l'accès au lieu de travail, ainsi qu'aux appareils et aux applications utilisés dans le cadre des missions confiées aux salariés, aux agents, aux stagiaires ou aux prestataires », à la condition que le responsable se conforme à des « règlements types » établis et publiés par la CNIL<sup>Note 39</sup>. Pour mémoire, le texte ancien soumettait ce type de traitement au régime d'autorisation préalable de la CNIL<sup>Note 40</sup>, sans en limiter le champ d'application au contrôle des accès aux lieux et équipements professionnels.*

**20.** - En deuxième lieu, la nouvelle loi autorise toute personne réutilisant des informations publiques figurant dans des décisions de justice, de traiter des données sensibles qui seraient présentes dans ces décisions, à la condition que leurs traitements « *n'aient ni pour objet, ni pour effet de permettre la réidentification des personnes concernées*<sup>Note 41</sup> ». On peut douter de la justesse de la formule car, si aucune réidentification n'est possible à partir de ces traitements, c'est que ceux-ci portent sur des données parfaitement anonymes, ce qui les exclurait alors du champ d'application de cette réglementation. L'intention du législateur a probablement été de rendre plus difficile la réidentification en imposant aux acteurs de ce type de traitements d'occulter ou de pseudonymiser les données dans les décisions de justice.

**21.** - En troisième lieu, le législateur crée une nouvelle exception permettant le traitement de données sensibles lorsque celui-ci est « *nécessaire à la recherche publique* » et qu'il est « *mis en oeuvre dans les conditions prévues au 2° de l'article 9* » du RGPD<sup>Note 42</sup>. Jusqu'à présent, ce type de traitement ne pouvait être mis en oeuvre qu'avec l'autorisation préalable de la CNIL et en justifiant d'un « intérêt public »<sup>Note 43</sup> ou bien avec le consentement exprès des personnes concernées<sup>Note 44</sup>, ou enfin par l'INSEE (ou l'un des services statistiques ministériels)<sup>Note 45</sup>. La mention de l'adjectif « *public* », visé par la nouvelle loi, interdit d'inclure dans le bénéfice de cette exception la recherche financée par le secteur privé<sup>Note 46</sup>.

**22.** - En application du principe de primauté du droit communautaire, les États membres n'ont pas le droit de créer de nouvelles exceptions au principe d'interdiction - posé par l'article 9 du RGPD - de traitements des données sensibles, en dehors des cas expressément autorisés par le texte communautaire, ou lorsque celui-ci laisse aux États une marge de manoeuvre pour pouvoir autoriser de tels traitements. Or, parmi les trois exceptions introduites par la nouvelle loi, si deux s'appuient sur des marges de manoeuvre prévues par le RGPD<sup>Note 47</sup>, la dernière (traitement biométrique à des fins de contrôle d'accès à des équipements ou locaux professionnels) ne semble pas pouvoir s'appuyer de manière évidente sur l'une d'entre elles<sup>Note 48</sup>.

**23. - (ii) L'assouplissement du régime applicable au traitement des données relatives aux infractions/condamnations.** - La nouvelle loi ouvre la liste des responsables pouvant mettre en oeuvre des traitements sur cette catégorie de données, qui comprend désormais : (i) les « *personnes morales de droit privé collaborant au service public de la justice* »<sup>Note 49</sup>, (ii) les « *personnes physiques ou morales* » aux fins de gestion de leur contentieux « *en tant que victime, mise en cause ou pour le compte de ceux-ci* »<sup>Note 50</sup>, ainsi que (iii) les « *réutilisateurs des informations publiques* » figurant dans les décisions de justice<sup>Note 51</sup>.

**24.** - Ces nouvelles dispositions - et en particulier, la première (i) - viennent combler la lacune du texte antérieur dont la rédaction, maladroite, pouvait laisser entendre que les organismes ne pouvaient pas mettre en oeuvre des traitements de données à caractère personnel pour gérer leurs contentieux et défendre leurs droits<sup>Note 52</sup>. Malgré la tentative du Sénat d'encadrer ce type de traitement par décret, la version finale du texte adoptée par l'Assemblée nationale ne reprend pas cet encadrement, le traitement de ce type de données n'étant dès lors encadré par aucune norme spécifique<sup>Note 53</sup>.

Poursuivant son mouvement de simplification administrative, le législateur français aménage un nouveau régime spécifique pour deux catégories de traitements : ceux impliquant le NIR, et ceux effectués « dans le domaine de la santé »

## b) Informatique décisionnelle : l'ouverture d'une exception pour l'Administration

**25.** - Par « *informatique décisionnelle* » nous entendons l'ensemble des technologies numériques qui permettent à un responsable de traitement de prendre une décision, éventuellement, en s'appuyant sur des profils (résumés de personnalité), de manière automatisée. En pratique, le spectre va des outils d'aide à la décision, aux technologies de prises de décisions autonomes.

**26.** - Adoptant une formulation plus nette que celle de l'article 22, 1 du RGPD, le législateur français interdit clairement le recours à l'informatique décisionnelle pour fonder une décision à effet juridique ou significatif, tout en reprenant les deux exceptions prévues par le RGPD : l'informatique décisionnelle consentie (lorsque celle-ci est « *fondée sur le consentement explicite de la personne* »<sup>Note 54</sup>), et l'informatique décisionnelle contractuellement requise (lorsque celui-ci est « *nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et un responsable de traitement* »<sup>Note 55</sup>). Il reviendra à la jurisprudence de clarifier en pratique cette dernière notion<sup>Note 56</sup>.

**27.** - Exploitant la marge de manoeuvre nationale que lui laissait le RGPD<sup>Note 57</sup>, le législateur français a créé une exception permettant à l'Administration de fonder exclusivement sur un traitement automatisé des « *décisions administratives individuelles* », à condition, d'une part, (i) qu'un tel traitement ne porte sur aucune donnée sensible et, d'autre part, (ii) que les décisions automatisées qu'il génère ne se prononcent pas « *sur un recours administratif* »<sup>Note 58</sup> et, enfin, (iii) qu'elles comportent « *à peine de nullité* » une mention à ce sujet<sup>Note 59</sup> (étant précisé que cette dernière obligation d'information n'entrera en vigueur qu'à compter du 1er juillet 2020<sup>Note 60</sup>). Afin de prévenir les risques liés au caractère potentiellement aveugle, opaque et erroné des décisions prises exclusivement par et sur le fondement de traitements automatisés<sup>Note 61</sup>, le Sénat avait proposé de limiter cette exception à des mesures d'exécution<sup>Note 62</sup>, et d'exiger que l'intéressé ait été mis en capacité d'exprimer son point de vue et de contester la décision. L'Assemblée nationale a rejeté ces garde-fous dans la version finale du texte.

## c) L'allégement du régime d'autorisation préalable

**28.** - Poursuivant son mouvement de simplification administrative, le législateur français soustrait une série de traitements au régime d'autorisation auxquels ils étaient soumis jusqu'alors. Ce faisant, le nouveau texte aménage un nouveau régime spécifique pour deux catégories de traitements : ceux impliquant le NIR, et ceux effectués « *dans le domaine de la santé* ».

**29. - Le traitement du NIR.** - Pour rappel, le NIR correspond au numéro d'inscription au Répertoire National d'Identification des Personnes Physiques (« RNIPP ») tenu par l'INSEE. Il s'agit d'un numéro unique et non modifiable, qui, de ce fait, revêt un caractère particulièrement sensible justifiant un régime plus protecteur.

**30.** - La nouvelle loi remplace le régime antérieur par les règles suivantes :

- les traitements poursuivant des finalités de (i) « *statistique publique* », ou (ii) « *de recherche scientifique ou historique* », ou (iii) de mise à disposition de « *télé-services de l'administration électronique* », ou (iv) de réponse « *à une alerte sanitaire en cas (...) d'urgence* », peuvent désormais être mis en oeuvre par quiconque et sans aucune formalité préalable<sup>Note 63</sup> ;
- tous les autres traitements portant sur des données « *comportant* » le NIR pourront être mis en oeuvre uniquement par des catégories de responsables de traitement dont la liste sera définie par décret, pris après avis motivé et publié de la CNIL (« *décret cadre* »<sup>Note 64</sup>).

**31. - Les traitements dans le domaine de la santé.** - Le législateur, profitant de la refonte de la LIL à l'aune du RGPD, a regroupé l'ensemble des règles qui régissaient les traitements de données de santé au sein d'un nouveau chapitre IX intitulé « *Traitement de données à caractère personnel dans le domaine de la santé* », désormais scindé en deux sections :

a) une première section régissant l'ensemble des traitements de données dans le domaine de la santé

ayant une finalité d'intérêt public (que l'on dénommera le « Régime général ») ;

b) une seconde section régissant l'ensemble des traitements mis en oeuvre à des fins de recherche, d'étude ou d'évaluation dans le domaine de la santé (que l'on dénommera le « Régime spécial »).

**32.** - Par principe, exploitant une marge de manoeuvre laissée par le RGPD, le législateur français a choisi de maintenir le régime d'autorisation pour ces deux catégories de traitements. Ainsi, les responsables de traitement réalisant des traitements de données relevant de ces derniers pourront :

(i) soit se déclarer conformes à des référentiels et règlements types établis par la CNIL (pour les traitements relevant du régime spécial, on parlera toujours de « méthodologies de référence » - « MR ») ;

(ii) soit demander une autorisation préalable à la CNIL, laquelle peut toujours délivrer une autorisation unique dès lors que les traitements répondent à une même finalité, portent sur des catégories de données identiques et ont des catégories de destinataires identiques<sup>Note 65</sup>.

**33.** - Par exception, reprenant l'ancien régime, le nouveau texte exclut certains traitements limitativement énumérés du régime du chapitre IX, en les dispensant d'autorisation préalable<sup>Note 66</sup>. Le législateur va plus loin en complétant cette liste<sup>Note 67</sup>, corrigeant ainsi une malfaçon de la loi ancienne et excluant désormais les traitements réalisés par les organismes d'assurance maladie complémentaire dans le cadre de leur prise en charge des prestations médicales<sup>Note 68</sup>. On relèvera, enfin, que les traitements mis en oeuvre dans le cadre du Régime spécial sont désormais soumis aux contrôles de la CNIL, mais également d'un comité d'audit, créé à l'initiative du Gouvernement<sup>Note 69</sup>. Ce comité devrait compléter « *les contrôles réalisés par la CNIL, de manière à accroître les possibilités de contrôle de l'utilisation de ces données particulièrement sensibles* »<sup>Note 70</sup>.

#### **d) Le nouveau périmètre du régime d'avis**

**34.** - Par « régime d'avis », on entend les traitements devant être autorisés par « *acte réglementaire* » (ou décision de l'organe délibérant) pris après avis motivé et publié de la CNIL. Pour rappel, deux catégories de traitement sont soumises à ce régime : d'une part, les traitements de souveraineté (visés à l'article 26 de la LIL, et qui correspondent à ceux mis en oeuvre pour le compte de l'État intéressant « *la sûreté (...), la défense ou la sécurité publique* » ou bien ayant pour objet la lutte contre les infractions pénales) ; d'autre part, les traitements publics biométriques ou impliquant le NIR (visé à l'article 27 ancien de la LIL).

**35.** - La première catégorie (traitements de souveraineté) ne fait l'objet d'aucune modification avec la nouvelle loi. Leur régime est donc inchangé.

**36.** - La seconde catégorie fait l'objet d'une série de modifications. La première d'entre elles concerne le NIR dont le traitement est désormais réservé au responsable visé par décret cadre, sauf dans certaines exceptions limitativement énumérées<sup>Note 71</sup>. La seconde série de modifications concerne les traitements portant « *sur des données biométriques* », mis en oeuvre pour le compte de l'État et qui doivent être « *autorisés par décret en Conseil d'État* » pris après avis motivé et publié de la CNIL<sup>Note 72</sup> : la nouvelle loi ajoute les « *données génétiques* », dont le traitement - lorsqu'il est réalisé pour le compte de l'État - répond désormais au même régime que celui des données biométriques<sup>Note 73</sup>. Cette réunion (des traitements biométriques et de ceux portant sur des données génétiques) est logique car ces données appartiennent toutes deux à la catégorie que nous dénommons « données d'identification forte » (puisque l'une comme l'autre permet d'identifier de manière quasiment infaillible, un individu<sup>Note 74</sup>).

#### **e) La dispense de notification de violation de données pour motif supérieur de sécurité/défense nationale**

**37.** - Sans grande logique, la nouvelle loi introduit, sous un article relatif au droit à rectification<sup>Note 75</sup>, une disposition dérogeant à l'obligation de notification aux personnes concernées en cas de violation de données, pour des traitements listés par décret pris en Conseil d'État (après avis de la CNIL) pour lesquels cette divulgation constituerait un risque pour la sécurité, la défense nationale ou la sécurité publique. Les traitements concernés sont exclusivement ceux mis en oeuvre pour respecter une «

*obligation légale* » ou une « *mission d'intérêt public* » dont est investi le responsable de traitement. Si l'on comprend bien les raisons de cette dérogation, sur le fond, on comprend moins bien pourquoi celle-ci a été placée sous l'article 40 relatif au droit à rectification (sans aucun rapport avec les notifications précitées), et l'on aurait préféré que cet ajout figure sous une autre disposition (l'article 34 *bis* de la LIL par exemple).

À l'heure où se multiplie l'usage de technologies permettant l'identification presque infaillible des individus, deux catégories de données d'identification forte (biométrique, génétique) font leur entrée au panthéon des données sensibles

## 2. Les autres modifications

**38.** - Certaines dispositions de la LIL, dans leur rédaction antérieure, étaient divergentes du RGPD. Le législateur français, qui aurait pu faire le choix de supprimer purement et simplement de telles dispositions (dès lors que celles du RGPD étaient suffisamment claires et précises pour être d'application directe - ce qui est le propre d'un règlement communautaire<sup>Note 76</sup>), a préféré maintenir l'essentiel du texte national dont il a aligné certaines dispositions sur celles du RGPD : il s'agissait là d'un « choix symbolique » et d'affichage politique<sup>Note 77</sup>. Le législateur en a profité pour moderniser les missions et les pouvoirs de la CNIL.

### A. - Les alignements

**39.** - Afin de rendre concordantes avec le RGPD les dispositions de la LIL, le législateur a saisi l'occasion du nouveau texte pour harmoniser certaines dispositions du texte français. Cet exercice d'alignement aurait pu être plus vaste et ne porte que sur les quelques dispositions suivantes<sup>Note 78</sup>.

#### 1° La suppression des déclarations

**40.** - Né avec la LIL, à la fin des années 1970, pour garantir les droits des citoyens face à l'informatisation naissante du secteur public, le régime des formalités visait à lutter contre les traitements clandestins en obligeant tout responsable de traitement à porter à la connaissance de la CNIL l'ensemble des traitements mis en oeuvre. Face à la flambée du nombre de traitements réalisés par le secteur privé<sup>Note 79</sup>, et afin de ne pas entraver le développement de l'économie numérique, le législateur français a supprimé le régime de déclaration préalable<sup>Note 80</sup>.

**41.** - Le pendant de cette suppression des formalités déclaratives réside dans l'obligation, prévue par le RGPD, de tenir un registre des activités de traitement, que tout organisme devra établir et maintenir à jour, notamment pour pouvoir le présenter aux autorités en cas de contrôle<sup>Note 81</sup>.

#### 2° Données sensibles : une protection renforcée

**42.** - Sous l'impulsion du RGPD, la nouvelle loi accroît la protection des données révélant des éléments intimes de la personne. Ainsi, à l'heure où se multiplie l'usage de technologies permettant l'identification presque infaillible des individus, deux catégories de données d'identification forte (biométrique, génétique) font leur entrée au panthéon des données sensibles. Ce mouvement de protection justifiait en outre de circonscrire davantage les cas dans lesquels l'intérêt public peut être invoqué pour traiter ce type de données.

##### a) Une définition élargie

**43.** - Sous l'impulsion du RGPD, la loi nouvelle considère désormais les « données génétiques » et les « données biométriques » comme des données sensibles<sup>Note 82</sup>. Ces nouvelles catégories de données sensibles permettent toutes les deux d'identifier de manière forte une personne physique.



## b) Le confinement du fondement de l'intérêt public

44. - Alors que ce fondement pouvait auparavant servir pour (i) les traitements de recherche, étude ou évaluation « dans le domaine de la santé »<sup>Note 83</sup>, ainsi que (ii) pour d'autres fins et pour tout type de données sensibles et finalités, il est désormais possible d'invoquer ce fondement uniquement pour les traitements de données sensibles « dans le domaine de la santé » (pour tout type de finalités<sup>Note 84</sup>), ainsi que pour des traitements de souveraineté<sup>Note 85</sup>. En pratique, cette nouveauté ne devrait pas avoir d'impact significatif, puisque, à notre connaissance, la CNIL n'a jamais autorisé, sur le fondement de l'intérêt public, des traitements de données sensibles dans d'autres domaines que la santé ou pour des finalités de souveraineté.

## 3° Données relatives aux condamnations et infractions : une définition plus stricte

### a) Une définition plus stricte

45. - La loi vient modifier la définition de cette catégorie de données en l'alignant sur celles du RGPD. Ainsi, cette catégorie vise désormais les « données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales, aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes »<sup>Note 86</sup>, et non plus les « infractions, condamnations et mesures de sûreté » visées par l'ancien texte. L'ajout de l'objectif « pénales » devrait mettre un terme à la jurisprudence du Conseil d'État qui, dans une décision ancienne, avait étendu l'application de ce texte à des sanctions civiles<sup>Note 87</sup>.

### b) Un assouplissement du régime

46. - La nouvelle loi ouvre la liste des responsables pouvant mettre en oeuvre des traitements sur cette catégorie de données, qui - outre les juridictions, les auxiliaires de justice et les sociétés de gestion collective en matière de droits d'auteur et droits voisins - comprend désormais :

- les « personnes morales de droit privé collaborant au service public de la justice agréée à cette fin dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État pris après avis motivé et publié de la Commission Nationale de l'informatique et des libertés, dans la mesure strictement nécessaire à leur mission »<sup>Note 88</sup> ; cet ajout vise notamment, dans l'esprit du législateur, les « associations d'aide aux victimes » ainsi que les « associations de réinsertion des personnes placées (...) sous main de justice »<sup>Note 89</sup> ;
- toute personne (physique ou morale) qui traite des données d'infraction ou de condamnation pour gérer un contentieux et défendre ses droits, ou le faire pour compte d'autrui<sup>Note 90</sup> ;
- les « réutilisateurs des informations publiques figurant dans les jugements mentionnés à l'article L. 10 du Code de justice administrative et les décisions mentionnées à l'article L. 111-13 du Code de l'organisation judiciaire, sous réserve que les traitements mis en oeuvre n'aient ni pour objet, ni pour effet, de permettre la réidentification des personnes concernées »<sup>Note 91</sup>.

47. - Relevons également que la nouvelle loi, dans sa rédaction définitive adoptée par l'Assemblée nationale le 14 mai 2018, ouvrirait cette liste à tout autre responsable agissant « sous le contrôle de l'autorité publique »<sup>Note 92</sup>. Ces termes ont été déclarés contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel<sup>Note 93</sup>, qui a considéré que le législateur, en se contentant de reprendre la lettre de l'article 10 du RGPD, n'avait pas suffisamment précisé « les catégories de personnes susceptibles d'agir sous le contrôle de l'autorité publique, ni quelles finalités devraient être poursuivies par la mise en oeuvre d'un tel traitement de données », critiquant en creux la formulation même du texte communautaire.

48. - Ces nouvelles dispositions - et en particulier, la première (i) - viennent combler la lacune du texte antérieur dont la rédaction, maladroite, pouvait laisser entendre que les organismes ne pouvaient pas mettre en oeuvre des traitements de données à caractère personnel pour gérer leurs contentieux et défendre leurs droits<sup>Note 94</sup>.

#### 4° Archives et durées de conservation

49. - En premier lieu, la nouvelle loi précise, parmi les dérogations permettant de conserver les données pour des durées plus longues que celles strictement nécessaires à la poursuite des finalités liées à la collecte, que la finalité archivistique doit être poursuivie « *dans l'intérêt public* ». Il s'agit d'un alignement de la LIL avec le RGPD, dont l'article 89 fait référence au traitement mis en oeuvre « *à des fins archivistes dans l'intérêt public* ».

50. - En deuxième lieu, la nouvelle loi modifie la formulation de deux autres dérogations : celles permettant des traitements de longue durée « à des fins historiques » ou « scientifiques » intègrent désormais la dimension de « recherche », ce qui est un alignement avec les termes du RGPD<sup>Note 95</sup> et semble restreindre ces dérogations<sup>Note 96</sup>.

51. - En troisième lieu, la nouvelle loi supprime les exceptions prévues par l'article 36, alinéa 3 ancien de la LIL, qui, pour mémoire, permettaient au responsable de traitement de conserver au-delà de la durée nécessaire à la finalité initiale, pour d'autres finalités que celles liées à la recherche, la conservation ou la liberté d'expression, en satisfaisant à l'une des trois conditions suivantes :

- soit avec « *l'accord exprès de la personne concernée* »<sup>Note 97</sup> ;
- soit avec l'autorisation préalable de la CNIL (sur le fondement de cette disposition, l'article 36, alinéa 3 ancien de la LIL ; ont ainsi été autorisés des traitements à des fins d'exploitation d'un service commercial de recherche généalogique<sup>Note 98</sup>) ;
- soit, à des fins de recherche qui peuvent correspondre à « *des études et évaluations dans le domaine de la santé* »<sup>Note 99</sup> ou à des « *traitements automatisés ou non justifiés par l'intérêt public* »<sup>Note 100</sup>.

52. - Cette série d'exceptions, non reprise par le RGPD, paraissait peu compatible avec ce texte<sup>Note 101</sup>. La suppression de ces exceptions s'explique certainement par les nouvelles dispositions du RGPD relatives aux traitements ultérieurs<sup>Note 102</sup>, qui permettent de conserver des données au-delà de la durée liée à leur collecte initiale, soit avec le consentement de la personne, soit en cas de test de compatibilité positif.

En élargissant davantage ses missions et ses pouvoirs, le nouveau texte prépare la CNIL à jouer un rôle décisif, juridique mais également éthique, dans la transformation numérique de la société

## B. - la CNIL fait peau neuve

53. - La nouvelle loi attribue à la CNIL de nouvelles missions, et des pouvoirs élargis.

### 1° Des missions étendues

#### a) Attribuer des certifications

54. - Le nouveau texte désigne la CNIL comme l'autorité compétente pour délivrer des certifications, ainsi que pour délivrer - seule ou conjointement avec le COFRAC<sup>Note 103</sup> - des agréments à des organismes certificateurs<sup>Note 104</sup>. Ces certifications pourront viser « *des personnes, des produits, des systèmes de données ou des procédures* ». Sur son site web, la CNIL annonce depuis peu qu'elle « *transforme son activité de labellisation en certification* », et que les demandes de labellisation « *seront traitées jusqu'au 30 mars 2018* » laissant entendre que les labels vont disparaître au profit de la certification<sup>Note 105</sup>.

#### b) Informer et sensibiliser les collectivités et les petits acteurs

55. - La nouvelle loi investit la CNIL de la mission d'« *apporter une information adaptée aux collectivités*

territoriales, à leurs groupements et aux petites et moyennes entreprises »<sup>Note 106</sup>, ce qui nécessitera de doter la commission de moyens (humains et financiers) supplémentaires.

### c) Produire du droit souple

**56.** - La CNIL se voit confier la charge d'établir et publier « *des lignes directrices, recommandations ou référentiels* »<sup>Note 107</sup> : ces outils ne devraient pas avoir de valeur normative (compte tenu de la formulation employée par le texte, et en l'absence de toute habilitation législative ou réglementaire conférée à la CNIL à ce sujet). En revanche, le nouveau texte confère à la CNIL le pouvoir d'établir et de publier « *en concertation avec les organismes(...) représentatifs des acteurs concernés* » des « *règlements types* » en matière de « *sécurité des systèmes de traitement* », ainsi que de traitements « *de données biométriques, génétiques ou de santé* »<sup>Note 108</sup>, qui auront, eux, une valeur normative<sup>Note 109</sup>.

### d) Intervenir dans le débat public

**57.** - Déjà appelée à être consultée par les autorités publiques ainsi que par les professionnels du secteur privé<sup>Note 110</sup>, la CNIL pourra désormais :

(i) être saisie par les présidents de chaque assemblée parlementaire, les commissions compétentes du Parlement, ainsi que par les présidents de groupes parlementaires d'une demande d'avis sur toute disposition d'une proposition de loi relative à la protection des données personnelles<sup>Note 111</sup> ;

(ii) « *présenter des observations devant toute juridiction à l'occasion d'un litige* » relatif à la protection des données à caractère personnel<sup>Note 112</sup>, ce qui lui permet désormais de prendre l'initiative en s'exprimant auprès de juridictions dans le cadre de litiges, alors que le texte antérieur (inchangé sur ce point) ne lui offrait qu'une simple faculté d'être interrogée par les juridictions<sup>Note 113</sup>.

## 2° Des pouvoirs élargis

### a) L'extension des pouvoirs de contrôle

**58. - (i) L'extension matérielle.** - La nouvelle loi étend le type de locaux dans lesquels la CNIL peut procéder à des contrôles sur place, puis lui confère le droit d'user d'une identité d'emprunt.

**59. - Contrôle sur place : extension du champ d'intervention.** - En premier lieu, le législateur étend le type de locaux dans lesquels la CNIL peut procéder à des contrôles sur place, en supprimant la référence « *à usage professionnel* »<sup>Note 114</sup>. Selon le législateur, la limitation - prévue par l'ancien texte - restreignant les contrôles aux seuls locaux à usage professionnel « se prêtait (...) selon le Conseil d'État, à des difficultés d'interprétation (lorsque les matériels servant aux traitements de données à contrôler étaient installés, par exemple, dans un couloir, dans un espace mixte ou partagé avec d'autres utilisateurs) »<sup>Note 115</sup>.

**60. - Le droit d'agir sous une identité d'emprunt.** - La nouvelle loi confère à la CNIL le droit d'adopter « *une identité d'emprunt* » pour mener ses opérations de contrôle en ligne, lesquelles ne peuvent néanmoins pas « *constituer une incitation à commettre une infraction* »<sup>Note 116</sup>, ce dont il faut déduire - à notre sens - que la CNIL ne peut pas adopter l'identité d'une personne réelle, à l'insu de celle-ci, car il y aurait alors usurpation d'identité (C. pén., art. 226-4-1), et que seul l'usage d'une identité « inventée » est possible. On peut s'interroger sur l'utilité réelle de la précision selon laquelle la CNIL ne peut pas inciter à commettre une infraction pour « piéger » un acteur de traitement : en effet, cette interdiction est déjà sanctionnée de longue date par la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>Note 117</sup>.

**61. - (ii) L'extension territoriale.** - En cas de traitements transfrontaliers, la nouvelle loi apporte plusieurs nouveautés aux modalités d'intervention extraterritoriale des agents des autorités de contrôle européennes.

**62. - Le contrôle des agents étrangers enquêtant en France.** - En matière d'opérations d'enquête étrangère sur le territoire national, le texte français - qui donne une compétence exclusive au président de

la CNIL - va ici plus loin que le RGPD qui prévoit un principe de « codécision » (entre l'autorité d'origine et l'autorité d'accueil)<sup>Note 118</sup>.

**63.** - Lorsqu'elle autorise la présence de membres et agents d'autorités de contrôle étrangères, à des opérations d'enquêtes sur le territoire français<sup>Note 119</sup>, elle investit le président de la CNIL du pouvoir d'habiliter, par « *décision particulière* », les agents étrangers à participer conjointement à ses opérations d'enquête<sup>Note 120</sup>.

**64. - Le contrôle des agents français enquêtant à l'étranger.** - Le nouveau texte donne compétence au président de la CNIL, lorsque sa commission est invitée à contribuer à un contrôle à l'étranger, à en accepter (ou non) le principe, puis à en définir les modalités (en habilitant les agents qui y participeront)<sup>Note 121</sup>. Sur ce point, la France va, ici encore, plus loin que le RGPD, en conférant au président de la CNIL un pouvoir unilatéral, alors que le texte communautaire prévoit un principe de codécision entre les autorités d'origine et d'accueil<sup>Note 122</sup>.

#### **b) La refonte des pouvoirs de sanction**

**65. - L'exposition du sous-traitant.** - La panoplie des sanctions, à la disposition de la CNIL, peut désormais être appliquée indifféremment aux responsables de traitement et à leurs sous-traitants, ce qui constitue une nouveauté fondamentale<sup>Note 123</sup>. Pour mémoire, sous l'empire de l'ancien texte français, les pouvoirs de sanction de la CNIL ne visaient que le responsable de traitement. Le sous-traitant, qui est désormais visé, n'encourra toutefois des sanctions que s'il a commis un manquement aux obligations qui sont spécifiquement mises à sa charge par le RGPD, et ne devrait pas encourir de sanction pénale (amende pécuniaire, peine complémentaire pouvant être prononcée par la CNIL...) s'il manque aux obligations résultant du contrat le liant au responsable de traitement<sup>Note 124</sup>.

**66. - Les nouveautés procédurales. - Le cas général : une procédure graduelle assortie de nouveaux pouvoirs.** - La nouvelle loi refond la procédure de sanction applicable à la CNIL, jusqu'alors en deux temps (une phase de mise en demeure facultative, suivie d'une phase de sanction contradictoire), en prévoyant un processus graduel en trois étapes :

- une première phase préalable d'avertissement par le président de la CNIL<sup>Note 125</sup> (qui ne doit pas être confondue avec « l'avertissement prévu par l'ancienne version du texte<sup>Note 126</sup> » qui était prononcé par la formation restreinte et pouvait être rendu public<sup>Note 127</sup>) ;
- une seconde phase préalable, applicable uniquement aux manquements susceptibles d'être corrigés, consistant en une « *mise en demeure* » prononcée par le président de la CNIL (pouvant être rendue publique par le bureau<sup>Note 128</sup>) ;
- une phase de sanction (pouvant être mise en oeuvre, sans passer par les étapes précédentes), pouvant aboutir à l'une des peines suivantes prononcées par la CNIL<sup>Note 129</sup>. Dans ce dernier cadre, la CNIL se voit investie de nouveaux pouvoirs de sanction, tels que le « *rappel à l'ordre* »<sup>Note 130</sup>, ou encore le « *retrait d'une certification* »<sup>Note 131</sup>.

**67. - Les nouveautés procédurales. - Le cas particulier de l'urgence : l'extension des pouvoirs du président de la CNIL.** - En cas « de violation des droits et libertés », le président de la CNIL dispose de pouvoirs exorbitants de droit commun, pouvant ainsi prononcer les mesures provisoires suivantes : (i) l'interruption, (ii) la limitation d'un traitement (pendant une durée maximale de 3 mois<sup>Note 132</sup>), et (iii) l'information du Premier ministre afin qu'il puisse faire cesser la violation constatée lorsqu'elle concerne un traitement mis en oeuvre pour le compte de l'État et intéressant sa sûreté ou la défense nationale, ou ayant pour objet la lutte contre les infractions pénales<sup>Note 133</sup>. Ces pouvoirs, qui existaient déjà dans le texte précédent, étaient neutralisés pour les traitements de souveraineté intéressant la sécurité publique, ou portant sur des données sensibles<sup>Note 134</sup>. Le nouveau texte supprime ces restrictions, élargissant ainsi les pouvoirs exorbitants du président de la CNIL qui peuvent désormais, en cas d'urgence, être exercés sur ce type de traitement<sup>Note 135</sup>. Par ailleurs, le nouveau texte attribue à la CNIL quatre nouveaux pouvoirs : la suspension provisoire de certification<sup>Note 136</sup>, d'agrément<sup>Note 137</sup>, ou d'autorisation dans le domaine de la santé<sup>Note 138</sup>, et l'injonction de mise en conformité sous astreinte<sup>Note 139</sup>.

**68. - Les nouveautés procédurales. - Des spécificités en cas de traitement transfrontalier.** - La nouvelle loi<sup>Note 140</sup> impose à la CNIL lorsqu'elle agit comme « autorité chef de file » de :

- communiquer son rapport aux autres autorités européennes, avant d'entendre l'acteur de traitement mis en cause ;
- donner la possibilité auxdites autorités d'assister à l'audition de l'acteur du traitement, ou de prendre connaissance du procès-verbal retranscrivant cette audition ; cette disposition rappelle, en en précisant les termes, l'article 60, 3 du RGPD. La loi nouvelle renvoie à un décret le soin de préciser les modalités pratiques de coopération entre la CNIL, les autres autorités européennes et le Comité européen de la protection des données (« CEPD »)<sup>Note 141</sup>.

Note 1 La précédente modification substantielle datant de la 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 (L. n° 2004-801, 6 août 2004 : *Journal Officiel* du 7 Aout 2004).

Note 2 *PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016 : JOUE n° L 119, 4 mai 2016, p. 1 ; JCP E 2016, act. 422 ; JCP E 2016, dossier 1323 à dossier 1329.*

Note 3 *PE et Cons. UE, dir. 2016/680, 27 avr. 2016 : JOUE n° L 119, 4 mai 2016, p. 89 ; V. notamment JCP E 2016, act. 422.*

Note 4 *Cons. const., déc. n° 2018-765 DC, 12 juin 2018.* - Cette décision a déclaré conforme à la Constitution la loi n° 2018-793 du 20 juin 2018, à l'exception des termes « Sous le contrôle de l'autorité publique ou », figurant au 1° de l'article 13 de ladite loi.

Note 5 À la différence d'une directive, un règlement n'a, en principe, pas à être transposé (*TFUE, art. 288*) : « (...) *Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre. La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». Le législateur communautaire s'explique sur cette originalité dans les considérants 8 et 10 du RGPD, indiquant notamment que des marges de manoeuvre nationales doivent être laissées lorsque le traitement est effectué en réponse à une obligation légale, à une mission de service public ou porte sur des données sensibles.

Note 6 *Rapp. S. Joissains, 14 mars 2018, p. 225.*

Note 7 *Étude d'impact, projet de loi relatif à la protection des données personnelles, 12 déc. 2017, (§ 3.2.2, p. 75).*

Note 8 *L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 5-1, al. 1 nouv.*

Note 9 En l'absence de ce critère de rattachement exorbitant, les critères de droit commun (*L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 5*) auraient conduit à appliquer la loi de l'État européen dans lequel est établi le responsable de traitement.

Note 10 *Étude d'impact, projet de loi relatif à la protection des données personnelles, 12 déc. 2017 (§ 1.1, p. 71, et § 3.1.2, p. 74, et p. 75).*

Note 11 *L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 5-1, al. 2 nouv., renvoyant à PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, préc., art. 85, 2.*

Note 12 *PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, préc., cons. 153 :« (...) lorsque ces exceptions ou dérogations diffèrent d'un État membre à l'autre, le droit de l'État membre dont relève le responsable du traitement devrait s'appliquer ».*

Note 13 *Étude d'impact, projet de loi relatif à la protection des données personnelles, 12 déc. 2017, (§ 3.1.2, p. 77).*

Note 14 « *Le secret ne peut leur [aux membres et agents de l'autorité de contrôle] être opposé, sauf concernant les informations couvertes par le secret professionnel applicable (...), par le secret des sources des traitements journalistiques* » (*L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 44, III, al. 1 nouv.*).

Note 15 *L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 40-1.*

Note 16 Ce sera, dans ce cas, l'article 5 de la LIL qui s'appliquera.

Note 17 En effet, cette dernière notion est entendue de manière large par le G29 (qui y inclut notamment « les intermédiaires humains ou techniques, comme (...) des enquêtes ou des sondages », ou encore « les collectes de données à caractère personnel effectuées via les ordinateurs des utilisateurs, comme par exemple le cas des cookies », V. G29, avis 8/2010, 16 déc. 2010, p. 23 et 24) et la CNIL (CNIL, délib. n° 012-420, 3 janv. 2014) ainsi que par les juridictions françaises (T. com. Paris, 28 janv. 2014, M. X c/ Google Inc. et Google France : RLDI avr. 2014, n° 103, 34,38, p. 57).

Note 18 C'est le cas pour le consentement du mineur, et les actions collectives en indemnisation.

Note 19 C'est le cas pour le régime des données sensibles et celles relatives aux infractions/condamnation, le recours à l'informatique décisionnelle, le régime des formalités préalables, ou encore celui des notifications en cas de violation de données.

Note 20 PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, préc., art. 8, 1 et 8, 2. - Pour rappel, le RGPD prévoit qu'un traitement de données à caractère personnel d'un mineur de moins de 16 ans, qui (i) est fondé sur le consentement de celui-ci et qui (ii) concerne « l'offre directe de services de la société de l'information » est licite uniquement si le consentement a été donné ou autorisé par le titulaire de l'autorité parentale.

Note 21 Les auteurs du texte ont invoqué la nécessité de prendre en compte les seuils établis dans d'autres domaines [comme en matière d'opposition à l'accès des parents aux données de santé (15 ans) ou dans le domaine encore plus sensible de la « majorité sexuelle fixée, en droit français, à 15 ans) » (Rapp. S. Joissains, 14 mars 2018, p. 104).

Note 22 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 7-1, al. 2 nouv.

Note 23 Cons. const., déc. n° 2018-765 DC, 12 juin 2018, préc., cons. 60 et s.

Note 24 Ce type de service est défini comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services » à l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE, modifiée par la directive 98/48/CE.

Note 25 L'article 8, 1 du RGPD, mériterait, selon nous, d'être corrigé de la manière suivante (ajout en lettres majuscules) : « lorsque l'article 6, paragraphe 1, point a) s'applique POUR DES TRAITEMENTS DISTINCTS MAIS RÉALISÉS À L'OCCASION DE l'offre directe de services (...) ». En pratique l'on pensera, par exemple, à des traitements poursuivant une finalité de prospection commerciale en faveur de partenaires du responsable de traitement (finalité fondée nécessairement sur le consentement, et non sur l'exécution du contrat).

On relèvera que l'article 8, 1, ne vise que les traitements fondés sur l'article 6, 1, a) du RGPD. Ainsi, le double consentement ne serait pas requis dans le cadre d'une collecte de données sensibles fondée sur l'article 9, 2, a) du RGPD (consentement spécifique) et qui serait fondée sur une base légale de droit commun telle que l'exécution du contrat ou l'intérêt légitime (Bases légales visées à l'article 6, 2 du RGPD).

Note 26 L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle : Journal Officiel du 19 Novembre 2016, texte n° 1 ; V. notamment, JCP E 2016, act. 833.

Note 27 PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, préc., art. 80, 2.

Note 28 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 43 ter, III nouv.

Note 29 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 43 ter, IV (disposition inchangée).

Note 30 Cet agrément était notamment subordonné « à l'activité effective et publique de l'association » en matière de protection de la vie privée et des données à caractère personnel (version intermédiaire de l'article 43 ter, IV, alinéa 2 nouveau de la LIL). Le Sénat avait invoqué, à l'appui de cette exigence d'agrément, la nécessité de lutter contre les abus (Rapp. S. Joissains, 18 avr. 2018, p. 49).

Note 31 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 43 ter, II, mod.

Note 32 Rapp. S. Joissains, 14 mars 2018, p. 133.

Note 33 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 43 ter, III, al. 2 nouv. - Cette date a été vivement débattue par le Sénat qui souhaitait la reporter au 25 mai 2020, afin de « laisser un peu de temps » aux « petits responsables de traitement- TPE, PME et collectivités territoriales » et « de ne pas les exposer dès à présent à de trop lourdes sanctions » (Rapp. S. Joissains, 18 avr. 2018, p. 50).

Note 34 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 43 ter, II, nouv.

Note 35 PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, préc., art. 80, 1.

Note 36 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 43 quater nouv.

Note 37 V. *supra* § 12 sur l'action de groupe indemnitaire.

Note 38 L'article 80, 1 du RGPD exige uniquement que l'association soit « à but non lucratif », ait été « valablement constituée », dispose d'objectifs statutaires d'intérêt public, et soit active dans le domaine de la protection des données à caractère personnel.

Note 39 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 8, II, 9° nouv.

Note 40 Ancien article 25, I, 8° de la LIL.

Note 41 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 8, II, 10° nouv.

Note 42 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 8, II, 11° nouv.

Note 43 Ancien article 8, IV de la LIL.

Note 44 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 8, II, 1° (inchangé).

Note 45 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 8, II, 7° (inchangé).

Note 46 Cette lecture est d'ailleurs confirmée par le considérant 54 du RGPD.

Note 47 Ainsi, le traitement des données sensibles dans le cas de la diffusion de décision de justice peut s'appuyer sur l'article 9, 2, g) du RGPD, tandis que le traitement de ces données nécessaire à la recherche publique peut s'appuyer sur les articles 9, 2, g) et j) du RGPD.

Note 48 Il serait éventuellement possible d'invoquer l'article 9, 2, b) du RGPD qui s'applique aux traitements nécessaires à « l'exercice des droits propres aux responsables de traitements ou à la personne concernée en matière du droit du travail, de la sécurité sociale et de la protection sociale ». Toutefois, si le contrôle de l'accès au lieu de travail relève des « droits » légitimes de tout employeur, aucun texte de droit du travail (de portée générale) n'impose à ce dernier d'utiliser des traitements biométriques pour contrôler cet accès.

Note 49 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 9, 1° nouv.

Note 50 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 9, 3° nouv.

Note 51 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 9, 5° nouv.

Note 52 Une lecture littérale de l'article 9 ancien de la LIL aboutissait à considérer qu'en dehors des cas limitativement énumérés par ce texte (juridiction, autorité publique, personne morale gérant un service public, auxiliaire de gestion...), il était tout simplement interdit de traiter ce type de données, ce qui n'était évidemment pas le cas, car une telle lecture serait revenue à priver toute personne du droit effectif à exercer un recours juridictionnel, ainsi que l'avait relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 (*Cons. const., déc. n° 2004-499 DC, 29 juill. 2004 : Comm. com. électr. 2004, comm. 108*).

Note 53 On peut néanmoins considérer que la doctrine de la CNIL - en particulier, celle formalisée dans la délibération n° 2016-005 du 14 janvier 2016 portant autorisation unique pour traiter des données visant à préparer, exercer ou suivre un contentieux - continuera à être appliquée par cette dernière.

Note 54 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 10, al. 2, 1° nouv., se référant à PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, préc., art. 22, 2, c).

Note 55 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 10, al. 2, 1° nouv., se référant à PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, préc., art. 22, 2, a).

Note 56 Il serait raisonnable - à notre sens - que celle-ci en fasse une interprétation stricte en refusant d'admettre le recours à ce type de dispositif sauf lorsque son initiateur le justifie par un contexte particulier et des garanties suffisantes.

Note 57 PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, préc., art. 22, 2, b).

Note 58 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 10, dernier alinéa nouv. - Par « recours administratif » il faut entendre « toute réclamation adressée à l'administration en vue de régler un différend né d'une décision administrative » (CRPA, art. L. 410-1, auquel fait référence l'article 10, dernier alinéa nouveau de la LIL).

Note 59 Cette mention devra préciser que les décisions sont prises sur le fondement d'un traitement algorithmique et que

l'intéressé peut demander à l'Administration communication les « règles définissant le traitement, ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en oeuvre » (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 10, 1° combiné avec CRPA, art. L. 311-3-1).

Note 60 L. n° 2018-493, 20 juin 2018, art. 37 : *Journal Officiel du 21 Juin 2018, texte n° 1 ; JCP E 2018, act. 537.*

Note 61 Pour un exposé particulièrement clairvoyant, voir la présentation de Madame Sophie Joissains, sénateur, dans son rapport enregistré à la Présidence du Sénat en date du 18 avril 2018 (p. 40) et qui soulève les risques liés aux faits que le recours inconditionné à l'informatique décisionnelle, pourrait engendrer des décisions aveugles (ne prenant pas suffisamment en compte certaines circonstances de fait), opaques (phénomène des « boîtes noires » précédemment décrit), et erronées (si les auteurs de l'algorithme ont retranscrit imparfaitement les règles matérielles édictées par les autorités).

Note 62 C'est-à-dire à des mesures excluant toute appréciation, et se bornant à appliquer strictement les dispositions légales ou réglementaires à des faits dont la matérialité et la qualification juridique sont établies sur un tout autre fondement que le traitement.

Note 63 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 22, al. 2 *nouv.*

Note 64 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 22, al. 1 *nouv.*

Note 65 On notera, dans le cadre du régime spécial, l'avis préalable du comité de protection des personnes pour les recherches biologiques, soit du comité d'expertise pour les recherches, les études et les évaluations dans le domaine de la santé (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 64 *nouv.*).

Note 66 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 53 *nouv.*

Note 67 L'article 53, 1° nouveau de la LIL ajoute ainsi à la liste des traitements exclus du chapitre IX, les suivants :

- a) les traitements fondés sur le consentement (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 8, II, 1° *nouv.*) ;
- b) les traitements nécessaires à la vie humaine (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 8, II, 2° *nouv.*) ;
- c) les traitements réalisés par une association ou un organisme à but non lucratif (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 8, II, 3° *nouv.*) ;
- d) les traitements dont les données ont été rendues publiques (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 8, II, 4° *nouv.*) ;
- e) les traitements nécessaires à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 8, II, 5° *nouv.*).

Note 68 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 53, 3° *nouv.*

Note 69 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 65 *nouv.*

Note 70 *Rapp. AN relatif à la protection des données personnelles, P. Forteza, 10 avr. 2018, p. 37.*

Note 71 *V. supra.*

Note 72 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 27 *nouv.* (dispositions non modifiées - sur le fond - par la nouvelle loi).

Note 73 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 27 *nouv.*

Note 74 *M. Bourgeois, Droit de la donnée - Principes théoriques et approche pratique : LexisNexis, 2017, § 376 et s.*

Note 75 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 40.

Note 76 *TFUE, art. 288 : « (...) Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre ».*

Note 77 *Rapp. S. Joissains, 14 mars 2018, p. 19 : « conserver la loi fondatrice de 1978 en l'adaptant au règlement », en évitant une quasi-disparition du texte national (que n'aurait pas manqué d'entraîner, de fait, une simple référence au RGPD dont l'essentiel des dispositions figuraient déjà dans la LIL).*

Note 78 On se demandera pourquoi la LIL III n'a pas été harmonisée intégralement (par exemple, concernant les mentions d'information visées à l'article 32, qui persistent à diverger avec celles prévues par l'article 13 du RGPD).

Note 79 En 2016, la CNIL avait reçu 102 629 dossiers de formalités, dont 54 000 dossiers de formalités simplifiées, accordé 190 autorisations et reçu 316 demandes d'autorisation, en matière de biométrie (*Rapp. S. Joissains, 14 mars 2018, p. 67.*)

Note 80 L'article 11 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 a modifié l'article 22 de la LIL.



Note 81 *PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, préc., art. 30.*

Note 82 *L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 8, I nouv.*

Note 83 Ancien chapitre IX de la LIL, dont l'article 54 visait « l'intérêt public ».

Note 84 *L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 54, II et III nouv.*

Note 85 *L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 26 (inchangé).* Par « traitement de souveraineté », il faut entendre « les traitements (...) mis en oeuvre pour le compte de l'État » et qui, soit « intéressent la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique », soit ont pour objet « la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté ».

Note 86 *L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 9, al. 1 nouv.*

Note 87 *CE, 28 juill. 2004, n° 262851, M. : JurisData n° 2004-067268 ; Lebon 2004, p. 355.*

Note 88 *L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 9, 1° nouv.*

Note 89 *AN, projet de loi n° 490, 13 déc. 2017, relatif à la protection des données personnelles, exposé des motifs, p. 13.*

Note 90 *L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 9, 3° nouv. : « personnes physiques ou morales, aux fins de leur permettre de préparer et, le cas échéant, ou d'exercer et de suivre une action en justice, en tant que victime, mise en cause ou pour le compte de ceux-ci et de faire exécuter la décision rendue, pour une durée proportionnée à ces finalités ».*

Note 91 *L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 9, 5° nouv.*

Note 92 *L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 9, al. 1 nouv.*

Note 93 *Cons. const., déc. n° 2018-765, 12 juin 2018, préc., cons. 41 et s.*

Note 94 Une lecture littérale de l'article 9 ancien de la LIL aboutissait à considérer qu'en dehors des cas limitativement énumérés par ce texte (juridiction, autorité publique, personne morale gérant un service public, auxiliaire de gestion...), il était tout simplement interdit de traiter ce type de données, ce qui n'était évidemment pas le cas, car une telle lecture serait revenue à priver toute personne du droit effectif à exercer un recours juridictionnel, ainsi que l'avait relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004.

Note 95 *PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, préc., art. 89, 1.*

Note 96 L'ajout du terme « recherche » semble exclure toute conservation de longue durée par un organisme n'ayant aucune activité de recherche, à moins qu'il ne puisse invoquer un « intérêt public » pour conserver ses données sous la forme d'archives. On attendra avec intérêt la position de la CNIL qui, jusqu'à présent, permettait la conservation de données pour une longue durée lorsque celles-ci présentaient « un intérêt historique, scientifique », sans aucune référence à la notion de « recherche » (*CNIL, délib. n° 2005-213, 11 oct. 2005*).

Note 97 Cet accord peut être donné par la personne concernée, de son vivant, pour être exercé après son décès, par toute personne recevant des directives, en application de l'article 40-1 de la LIL.

Note 98 *CNIL, délib. n° 2011-383, 24 nov. 2011* autorisant la société NotreFamille.com, puis *CNIL, délib. n° 2013-105, 25 avr. 2013*, autorisant la société FamilySearch International à mettre en place un traitement automatisé dans le cadre de ce type d'activité.

Note 99 Il s'agissait notamment des traitements visés à l'article 8, II, 8 ancien de la LIL qui étaient soumis à un régime de déclaration normale.

Note 100 Ancien article 8, IV de la LIL ; ces traitements ne pouvaient être mis en oeuvre qu'après autorisation préalable de la CNIL, selon ce texte.

Note 101 *M. Bourgeois, Droit de la donnée - Principes et approche pratique, préc., § 356.*

Note 102 *PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, préc., art. 6.4.*

Note 103 Comité Français d'Accréditation

Note 104 *L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 11, I, 1° ; L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 11, I, 2°, f bis) nouv.*

Note 105 On relèvera pourtant que l'article 11, I, 3°, c) de la LIL, qui confère à la CNIL le pouvoir de délivrer des labels, n'a pas

été supprimé par la nouvelle loi.

Note 106 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 11, I, 1°.

Note 107 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 11, I, 2°, a bis) nouv.

Note 108 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 11, I, 2°, b) nouv.

Note 109 La loi emploie la formule « prescrire » ce qui laisse sous-entendre le caractère contraignant des mesures ainsi prises par la CNIL.

Note 110 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 11, I, 2° d), 3° a) et 4° a) (inchangés à ce sujet).

Note 111 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 11, I, 4° a) nouv.

Note 112 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 11, I, 5° nouv.

Note 113 Ancien article 11, 2° d) de la LIL (maintenu inchangé, devenu L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 11, I, 2°, d) nouv. : « elle [la CNIL] répond aux demandes d'avis des pouvoirs publics, et, le cas échéant, des juridictions ».

Note 114 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 44, I nouv.

Note 115 Rapp. S. Joissains, 14 mars 2018, p. 48.

Note 116 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 44, III, al. 4 nouv.

Note 117 Cass. crim., 7 févr. 2007, n° 06-87.753 : *JurisData* n° 2007-037763 : « Porte atteinte, notamment, au principe de la loyauté des preuves, la provocation à la commission d'une infraction ».

Note 118 PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, préc., art. 62, 3.

Note 119 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 49-1, III nouv.

Note 120 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 49-1, III nouv.

Note 121 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 49-1, IV nouv.

Note 122 PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016, préc., art. 62, 3.

Note 123 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 45, I, II, III nouv.

Note 124 L'article 82, 2 du RGPD (qui prévoit la responsabilité du sous-traitant lorsque celui-ci a « *agi en dehors des instructions licites du responsable de traitement, ou contrairement à celles-ci* ») traite uniquement du « droit à réparation » et nullement du dispositif de sanction (punitif et non réparatrice) conféré à l'autorité de contrôle. En vertu du principe de personnalité des peines, il ne devrait pas être possible qu'un sous-traitant à qui un responsable de traitement aurait confié contractuellement la charge de certaines des obligations qui incombent à ce dernier, puisse être sanctionné par une amende ou une autre peine prononcée par l'autorité de contrôle.

Note 125 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 45, I nouv.

Note 126 Ancien article 45, I, alinéa 2 de la LIL.

Note 127 Ancien article 46, alinéa 2 de la LIL.

Note 128 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 45, II, al. 5 nouv.

Note 129 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 45, III nouv.

Note 130 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 45, III, 1°.

Note 131 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 45, III, 4° nouv.

Note 132 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 46, I, 1° et 2° nouv.

Note 133 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 46, I 7° nouv.

Note 134 Ancien article 45, II, 1°, 3° et 4° de la LIL.

Note 135 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 46, I, 1°, 46, I, 2° et 46, I, 8° nouv.

Note 136 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 46, I, 3° nouv.

Note 137 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 46, I, 4° nouv.

Note 138 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 46, I, 5° nouv.

Note 139 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 46, I, 6° nouv.

Note 140 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 49-3, al. 1 nouv.

Note 141 L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 49-3, al. 4 nouv.