



Données personnelles La Cnil et le contrôle du juge administratif

Analyse et bilan de la jurisprudence du Conseil d'Etat relatif aux décisions de la Cnil.

Instituée par la loi Informatique et libertés du 6 janvier 1978, la Cnil a vu son rôle et ses prérogatives se renforcer considérablement au fil des années. Là où la loi posait des principes généraux, elle a émis des règles précises qui tentent de réguler des pratiques en évolution constante et rapide, en particulier avec le développement d'internet. Avec le Règlement (UE) 2016/679 qui entrera en vigueur en mai 2018, ses pouvoirs de sanction vont être extraordinairement accrus puisque le montant maximum des amendes qu'elle pourra infliger va passer de 150.000 € à 4% du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise dans une logique véritablement dissuasive. Quelle que soit l'étendue de ses prérogatives, la Cnil reste néanmoins soumise au contrôle du juge qu'il s'agisse de ses pouvoirs réglementaires ou de ses pouvoirs de sanction.

QUEL JUGE ADMINISTRATIF ?

La procédure au fond

La loi ne prévoyant pas d'autre attribution de compétence, c'est le juge administratif qui est compétent pour connaître des décisions de la Cnil. Au sein de la justice administrative l'article R.311-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction issue du décret n°2010-164 du 22 février 2010, attribue au Conseil d'Etat la compétence pour connaître en premier et dernier ressort « des recours dirigés contre les décisions prises par les organes des autorités [listées dans cet article], au titre de leur mission de contrôle ou de régulation » et la Cnil figure dans

cette liste. Lorsque la Cnil constate un manquement à la loi Informatique et libertés et prononce une sanction ou qu'elle prend une décision de nature réglementaire, sa décision relève donc du Conseil d'Etat. En revanche, les autres décisions (par exemple celles concernant la gestion interne de l'autorité) relèvent de la compétence du tribunal administratif de Paris.

La procédure de référé

Le délai moyen de jugement par le Conseil d'Etat est de 1 an et 2 mois¹ mais les personnes concernées par la Cnil ont la possibilité de saisir le juge des référés du Conseil d'Etat. Deux procédures de référé semblent les mieux adaptées aux contentieux contre des décisions de la Cnil : le référé suspension sur le fondement de l'article L.521-1 du code de la justice administrative, qui nécessite de démontrer une situation d'urgence et l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision ; le référé liberté sur le fondement de l'article L.521-2 du même code, qui permet d'obtenir sous quarante-huit heures toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle l'autorité a porté une atteinte grave et manifestement illégale. L'analyse des décisions rendues par le Conseil d'Etat en référé sur des questions présentant une importance certaine montre qu'une décision de référé suspension peut être obtenue en moins de deux mois.

Il faut néanmoins rappeler, pour modérer l'ardeur des plaideurs que, toutes matières confondues, seulement 9% des ordonnances rendues en 2015 ont donné satisfaction totale ou partielle

aux requérants². Pour ce qui concerne la Cnil, nous n'avons trouvé aucun exemple de succès d'une requête en référé.

Le plaideur, s'il ne peut démontrer la situation d'urgence, aura donc avantage à saisir le juge au fond, même si l'analyse des arrêts rendus dans les quatre dernières décennies montre que les décisions d'annulation sont rares.

Le contrôle du Conseil d'Etat s'exerce sur toutes les décisions prises par la Cnil (y compris depuis peu sur celles qui relèvent du droit « souple » c'est-à-dire l'indication d'un comportement futur que l'autorité pourrait adopter dans des cas concrets) mais nous avons examiné ici deux domaines importants : celui des formalités préalables à la mise en œuvre des traitements, déclaration dans la plupart des cas et autorisation préalable pour les fichiers « sensibles » ; et celui des actions de la Cnil pour vérifier que les responsables des traitements respectent bien la législation et éventuellement les sanctionner.

LE CONTRÔLE DU CONSEIL D'ETAT SUR LES DÉCISIONS DE LA CNIL CONCERNANT LES FORMALITÉS PRÉALABLES

L'affaire du récépissé

La Caisse d'Épargne Rhône Alpes Lyon souhaitait offrir à ses clients un nouveau produit financier, à savoir un livret d'épargne pour les enfants dès leur naissance, qui supposait la constitution d'un nouveau fichier informatisé. Elle avait donc déposé en juin 1993 une déclaration préalable

sur le fondement de l'article 16 de la loi, mais la Cnil avait refusé de lui délivrer un récépissé, ce qui mettait la banque dans une situation inconfortable puisque selon la loi, le responsable du traitement ne peut mettre en œuvre le traitement qu'après avoir « reçu le récépissé délivré sans délai par la commission ». La Caisse avait donc déposé une nouvelle déclaration cinq mois plus tard à laquelle la Cnil n'avait apporté aucune réponse pendant plus de quatre mois. La Caisse avait donc initié une requête en excès de pouvoir qui a amené le Conseil d'Etat, en section, à juger³ que la Cnil ne peut refuser de délivrer récépissé du dépôt de déclaration dès lors que le dossier est complet, c'est-à-dire qu'il comporte l'engagement du responsable que le traitement est conforme et que la déclaration comprend toutes les informations requises. La Cnil ne dispose pas en l'espèce d'un pouvoir d'appréciation au contraire des cas prévus à l'article 25 de la loi qui requièrent son autorisation.

L'affaire des fichiers « peer to peer »

Quatre sociétés de gestion collective des droits d'auteur, la SACEM, la SDRM, la SCPP et la SPPF, avaient mis au point un dispositif pour identifier les internautes procédant à des échanges de fichiers musicaux dits de « peer to peer ». Ce dispositif comportait deux phases. Pendant une première phase de 24 heures, les sociétés identifiaient les internautes mettant gratuitement de manière régulière à disposition des tiers des fichiers musicaux. Ceux qui avaient partagé moins de 50 fichiers recevaient un message d'avertissement. Au-delà, une seconde phase s'ouvrait pendant 15 jours. Ceux qui avaient mis à disposition entre 500 et 1000 fichiers pouvaient être poursuivis au civil et ceux qui avaient partagé plus de 1000 fichiers pouvaient faire l'objet de poursuites pénales. Les quatre sociétés de gestion avaient sollicité l'autorisation préalable de la Cnil, comme l'impose la loi Informatique et libertés mais le 18 octobre 2005, la Cnil leur avait refusé. Elle avait considéré en premier lieu que les traitements étaient disproportionnés au regard de la finalité poursuivie car ils consistaient

en une collecte massive de données à caractère personnel sur internet et en une surveillance exhaustive et continue des réseaux « peer to peer ». Dans son arrêt de section du 23 mai 2007 abondamment commenté⁴ le Conseil d'Etat a considéré que la commission avait commis une erreur d'appréciation. Comme le dispositif ne portait que sur 10.000 titres et non sur les millions de titres gérés par les sociétés et compte tenu du nombre très élevé des échanges « peer to peer » (plusieurs centaines de millions de fichiers par an), il ne s'agissait pas d'une surveillance exhaustive et continue et donc disproportionnée et, par suite illégale. Par ailleurs, la Cnil avait considéré que les critères quantitatifs pris en compte dans le dispositif (le nombre de fichiers partagés) étaient dépourvus de pertinence. Sur ce point encore, le Conseil d'Etat relève une erreur d'appréciation et annule les quatre délibérations. Cette décision est intéressante mais exceptionnelle de par son contexte et, à notre connaissance, la seule par laquelle le Conseil d'Etat a considéré que la Cnil avait commis une erreur d'appréciation. Par ailleurs elle concrétise le contrôle complet du juge et non celui de l'erreur manifeste d'appréciation souvent privilégié dans les matières techniques.

LE CONTRÔLE DU CONSEIL D'ETAT SUR LES DÉCISIONS CONSTATANT DES MANQUEMENTS

C'est dans ce domaine que l'on trouve le plus grand nombre de recours et le plus grand nombre d'arrêts censurant la Cnil, même si ce nombre reste extrêmement modeste.

L'affaire des contrôles sur place

Deux décisions notables d'annulation ont été rendues en section du contentieux le 6 novembre 2009⁵ sur requêtes de deux sociétés appartenant au même groupe, Inter Confort et Pro Decor, spécialisées dans la vente et la pose de fenêtres et qui pratiquaient un démarchage téléphonique agressif, sans tenir compte de l'opposition manifestée par un certain nombre de personnes contactées. Depuis la loi

n° 2004-801 du 6 août 2004 la Cnil a la possibilité d'effectuer des visites dans les locaux des entreprises et d'accéder aux programmes informatiques. En l'espèce, la Cnil avait effectué une première visite, constaté l'absence de prise en compte des oppositions et mis en demeure les sociétés de prendre les mesures nécessaires.

Les deux sociétés avaient alors mis en place, pour gérer les oppositions, un système par lequel les téléopérateurs prenaient note des oppositions exprimées et transmettaient ces notes manuscrites à leur responsable, seul habilité à supprimer le numéro de la base de données. Après de nouvelles visites dans les locaux des deux sociétés, la Cnil avait estimé que le système mis en place était insuffisant car il ne garantissait pas la prise en compte effective et rapide de l'ensemble des demandes d'opposition. Elle avait donc enjoint aux deux sociétés de cesser d'utiliser le traitement et leur avait infligé une sanction de 30.000€ chacune.

Les entreprises ont contesté ces décisions, qui ont été annulées par le Conseil d'Etat qui a sanctionné l'« imprécision » des nouvelles dispositions encadrant les pouvoirs de visite de la Cnil. Le Conseil d'Etat, en se fondant sur le droit au respect du domicile posé à l'article 8 de la CEDH, a rappelé que l'exercice par une autorité publique de ses pouvoirs de visite et de contrôle des locaux professionnels constitue une ingérence qui doit être proportionnée aux buts poursuivis, ce qui suppose en principe qu'elle ait été préalablement autorisée par un juge.

L'article 44 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée prévoit qu'en cas d'opposition du responsable des lieux, la visite ne peut se dérouler qu'avec l'autorisation du président du tribunal de grande instance. Cette faculté d'opposition offre une garantie équivalente à une autorisation préalable du juge mais une telle garantie ne présente un caractère effectif que si le responsable des locaux a été préalablement informé de son droit d'opposition et mis à même de l'exercer. En l'espèce, cette information n'ayant pas été donnée, les sanctions qui reposaient sur les faits constatés lors du contrôle ont été annulées.

Il faut souligner que ces décisions ont été rendues peu de temps après l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions et que les critiques émises par le Conseil d'Etat sont essentiellement dirigées contre les dispositions législatives et réglementaires qu'elles viennent encadrer.

L'affaire Ferrari

M. Ferrari avait eu connaissance, dans le cadre d'une procédure pénale, d'une fiche de police le concernant faisant état d'une condamnation intervenue plus de 30 ans plus tôt. Il avait saisi d'une plainte la Cnil qui avait diligenté des investigations pour identifier le fichier sans dénoncer ces faits au procureur de la République. Or, l'article 21 de la loi Informatique et libertés prévoit que pour l'exercice de sa mission de contrôle, la Cnil « 4° adresse aux intéressés des avertissements et dénonce au parquet les infractions dont elle a connaissance. »

Dans un arrêt du 28 juillet 2000 (n° 211020) le Conseil d'Etat considère que la décision de la Cnil est entachée d'excès de pouvoir. La Cnil a mal interprété la demande de M. Ferrari en estimant qu'il se prévalait du droit d'accès indirect organisé par l'article 39 alors que M. Ferrari demandait à la Cnil, sur le fondement de l'article 21, de dénoncer l'infraction au parquet. Le Conseil annule donc la décision et demande à la Cnil d'examiner à nouveau la demande.

L'affaire du vote électronique

La société Total Raffinage Marketing s'était vue sanctionnée par la Cnil à propos d'un système de vote électronique élaboré par une société Election Europe. La Cnil avait ordonné la publication de sa décision sur son site internet et sur le site Légifrance mais la délibération mentionnait le nom du prestataire qui craignait pour sa réputation commerciale et avait saisi la Cnil pour demander l'anonymisation de la décision. La Cnil avait refusé, mais le 11 mars 2015 le Conseil d'Etat a annulé cette décision⁶, considérant que lorsqu'un tiers demande la suppression des mentions le concernant ou leur anonymisation, la Cnil est tenue d'y faire droit sous la seule réserve de vérification des mentions en litige.

L'affaire du Théâtre national de Bretagne

Cette affaire qui mêle culture et politique a donné lieu récemment à un arrêt rendu le 28 septembre 2016⁷. Dans le cadre de la campagne pour les élections municipales, un journal régional avait publié une tribune polémique très critique à l'égard de la politique culturelle menée par la mairie de Rennes. En réaction à cette tribune, le directeur du Théâtre national de Bretagne avait envoyé aux abonnés un mail valorisant le bilan de l'équipe sortante. Ce mail avait été envoyé peu avant le premier tour des élections aux seuls abonnés domiciliés à Rennes.

La Cnil avait été saisie et avait considéré que le théâtre n'avait pas respecté l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 qui prévoit que les données personnelles doivent « être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes » et ne doivent pas être « traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. »

La solution paraît évidente : les abonnés avaient fourni leurs adresses mail pour pouvoir recevoir des informations sur les programmations et activités du théâtre et non pour recevoir des communications à caractère politique.

La Cnil a donc prononcé un avertissement mais a également ordonné la publication de sa décision sur son site internet ainsi que sur le site internet Légifrance. Le Théâtre a contesté à la fois l'avertissement et la mesure de publication au motif que la Cnil n'avait pas précisé la durée pendant laquelle la décision serait publiée. Le Conseil d'Etat approuve la Cnil d'avoir prononcé l'avertissement, il l'approuve également d'avoir ordonné la publication « au regard de la gravité des manquements » mais considère qu'il s'agit d'une « sanction sans borne temporelle » qui est excessive. Il annule donc cette partie de la décision et renvoie la fixation de la durée de publication à la formation restreinte de la Cnil, celle-là même qui avait pris la décision.

Ces décisions illustrent la pertinence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui admet que le législateur concède à des autorités administratives indépendantes le pouvoir d'infliger

des sanctions sous réserve que le juge saisi, en l'espèce le conseil d'Etat, dispose d'un pouvoir de plein contentieux, c'est-à-dire du pouvoir de réformer la décision (en demandant à l'autorité de compléter sa décision avec un délai, comme dans l'affaire du Théâtre national de Bretagne) et pas seulement de l'annuler ou de la valider.

Frédéric SCANVIC

Spécialiste de Droit Public

Maitre des requêtes honoraire au Conseil d'état

Avocat Associé

Foley Hoag AARPIF

Catherine MUYL

Spécialiste PI/NTIC

Avocat Associé

Foley Hoag AARPIF

Notes

- (1) Conseil d'Etat, Rapport public 2016, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2015*, page 36
- (2) Conseil d'Etat, Rapport public 2016, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2015*, page 36
- (3) CE, 6 janv.1997, Section, n°159129, *Caisse d'épargne Rhône Alpes c/ CNIL* : *Jurisdata* n° 1997-050019 ; *JCP G* 1997, II,22841, note J. Frayssinet ; *AJDA* 1997, p.156, obs. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; *D.* 1997, p.219, obs.H. Maisl ; *RFDA* 1997, p.551, concl. J.-D. Combexelle
- (4) CE, 23 mai 2007, n°288149, n°288150, n°288215 et n°288449, *SACEM et a., Gaz. Pal.* 1er-2 juin 2007, p.9 ; *JCP E* 2007, act. 290 ; *Rev. Lamy dr. Immat.* Juin 2007, n°912 ; *Comm.com.électr.* 2007, comm.90, note C. Caron ; *Dr. Pén.* 2007, comm.104, Note J.-H. Robert ; *Expertises* 2007, n°316, p. 263, note L. Walker ; *AJDA* 2007, p.1413, concl. C. Vérot ; *RIDA* 2007, n°213, p.291, obs. P. Sirinelli
- (5) CE 6 novembre 2009, section, n° 304300 et n° 304301, *Sté Inter Confort et Sté Pro Décor* : *D. Act.10 nov. 2009*, note J.-M. Pastor ; *JCP G* 2010, 98 note J.-G. Sorbara ; *Rev. Lamy Dr. Immat.* , n° 56, janv. 2010, p.22, note M. Gaudemet ; *Comm. Com. élect.* 2010, comm. 19, note E.-A. Caprioli ; *AJDA* 2010, p.138, chron. S.-J. Liéber et D. Bottegui
- (6) CE, 11 mars 2015, n° 372884, *Sté E.* : *Jurisdata* n° 2015-005003 ; *Rev. Lamy dr. immat.* , n° 114, avr. 2015, n°3721, p.48, obs. J. de Romanet ; *Gaz. Pal.* 26 mars 2015, n°85, p. 31
- (7) CE 28 septembre 2016 10ème-9ème chambres réunies, req. N° 389448 , *Dalloz actualité* 6 octobre 2016 comm. L. Genty ; *Legalis* 5 octobre 2016 *Jurisprudence*