

ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris
5, rue Daunou - 75002 PARIS
Tél. 01.53.63.33.10 - Fax 01.45.48.90.09
afoc@afocavocat.eu

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

REQUÊTE INTRODUCTIVE D'INSTANCE

POUR : L'association « La Quadrature du Net » (LQDN), association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 dont le siège social est situé au 60, rue des Orteaux à Paris (75020), enregistrée en préfecture de police de Paris sous le numéro W751218406, prise en la personne de son président M. Axel Simon, dûment habilité à agir en justice. Mail : contact@laquadrature.net

CONTRE : Le décret n° 2019-452 du 13 mai 2019 autorisant la création d'un moyen d'identification électronique dénommé « Authentification en ligne certifiée sur mobile »

L'exposante défère le décret attaqué à la censure du Conseil d'État et en requiert l'annulation en tous les chefs lui faisant griefs, par la présente requête.

FAITS

1. L'association « La Quadrature du Net », exposante, promeut et défend les libertés fondamentales dans l'environnement numérique. Elle lutte contre la surveillance généralisée, que celle-ci vienne des Etats ou des acteurs privés, et contre le fichage généralisé. Elle a notamment pour objet, aux termes de l'article 3 de ses statuts constitutifs, « *de mener une réflexion, des études, analyses, actions pour la défense des libertés individuelles sur Internet* » et « *d'encourager l'autonomie des usagers et leur prise de contrôle sur les données les concernant* ».
2. Elle est régulièrement amenée à défendre les droits et libertés fondamentaux devant le Conseil d'Etat¹ et le Conseil constitutionnel² français, ainsi que devant le juge de l'Union européenne³. En particulier, elle a déjà contesté, devant le Conseil d'Etat, le décret n° 2016-1460 du 28 octobre 2016 autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif aux passeports et aux cartes nationales d'identité (cf. CE, 18 octobre 2018, n° 404996).
3. Dans le rapport d'information dressé par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur l'évaluation de la modernisation numérique de l'État, présenté le 4 mai 2016 à l'Assemblée nationale par Mme Corinne Erhel et M. Michel Piron, il est notamment indiqué que :

« L'Agence nationale des titres sécurisés (ANTS) travaille au développement du prototype ALICEM, une application smartphone permettant de lire la puce du passeport électronique, de confronter la photo avec l'utilisateur par reconnaissance faciale et d'envoyer aux administrations ou services l'identification de la personne, créant ainsi un compte authentifié. Ce système, qui a fait l'objet d'un financement par PIA, permettra d'utiliser une pièce d'identité électronique (le passeport actuellement) pour créer un compte unique et s'identifier ensuite, pour se connecter à tous les services partenaires via son smartphone ».

4. Dans son rapport d'activité de 2018, l'Agence nationale des titres sécurisés (ci-après l'« ANTS ») présente elle-même le dispositif ALICEM de la manière suivante :

¹ CE, 18 octobre 2018, n° 404996 ; CE, 26 juillet 2018, n° 394924, 394922 et 393099 (trois affaires) ; CE, 21 juin 2018, n° 411005 ; CE, 18 juin 2018, n° 406083 ; CE, 25 octobre 2017, n° 411005 ; CE, 17 mai 2017, n° 405792 ; CE, 18 novembre 2016, n°393080 ; CE, 22 juillet 2016, n° 394922 ; CE, 15 février 2016, n° 389140 ; CE, 12 février 2016, n° 388134 ; CE, ord., 27 janvier 2016, n° 396220 ; CE, 9 septembre 2015, n° 393079 ; CE, 5 juin 2015, n° 388134

² Cons. const., 30 mars 2018, décision n° 2018-696 QPC ; Cons. const., 2 février 2018, décision n° 2017-687 QPC ; Cons. const., 15 décembre 2017, décision n° 2017-692 QPC ; Cons. const., 4 août 2017, décision n° 2017-648 QPC ; Cons. const., 21 juillet 2017, décision n° 2017-646/647 QPC ; Cons. const., 2 décembre 2016, décision n° 2016-600 QPC ; Cons. const., 21 octobre 2016, décision n° 2016-590 QPC ; Cons. const., 24 juillet 2015, décision n° 2015-478 QPC

³ Aff. T-738/16, pendante devant le TUE et C-511/18 et C-512/18

« ALICEM permet de délivrer une identité numérique aux citoyens français sur la base des titres électroniques : passeports et titres de séjours des étrangers et, à moyen terme, future CNI.

Cette identité numérique qui vise à atteindre le niveau élevé au sens du règlement eIDAS utilise la capacité des smartphones Android équipé de lecteur NFC (capable de lire une puce sans contact) pour lire les données de la puce électronique des passeports électroniques et des titres de séjour électroniques. Un premier prototype fonctionnel a été réalisé en 2014 ; l'industrialisation de la solution est aujourd'hui en cours de finalisation.

Cette solution positionnera l'ANTS en tant que fournisseur d'Identité Electronique et aura la capacité de s'interfacer avec France Connect pour servir l'écosystème de eServices relevant de la sphère publique et de la sphère privée. »

5. De manière encore plus précise, le dispositif ALICEM est ainsi présenté par le Ministère de l'Intérieur sur son site Internet, dans un article intitulé « Le numérique, instrument de la transformation de l'État » :

« Une fois l'application chargée, il s'agira de procéder à une lecture de la puce du [titre d'identité] avec le téléphone. L'application récupérera un certain nombre de données qui seront ensuite vérifiées. La vérification portera notamment sur l'authenticité et l'intégrité du document ainsi que sur la validité en cours de ce dernier. Une reconnaissance faciale poussée via un selfie sera ensuite effectuée. Une fois ces démarches complétées, le serveur central d'ALICEM situé au ministère validera la création de l'identité numérique. » Cette identité numérique est ensuite stockée dans le téléphone. « Les données d'état-civil seront chiffrées et disponibles uniquement dans le téléphone. L'utilisateur pourra alors les utiliser pour effectuer ses démarches en ligne auprès de fournisseurs de services administratifs publics comme les impôts ou la CAF, ou privés comme les banques et les assurances. » »⁴

6. Dans sa délibération n° 2018-342 du 18 octobre 2018 « portant avis sur projet de décret autorisant la création d'un traitement automatisé permettant d'authentifier une identité numérique par voie électronique (...) », la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) relève :
7. « La Commission a été saisie par le ministre de l'intérieur d'une demande d'avis concernant un projet de décret en Conseil d'État autorisant la création d'un traitement automatisé permettant de délivrer une identité numérique dénommée « Application par lecture d'un citoyen en mobilité » (« ALICEM »). Ce traitement, mis en œuvre par la direction de la modernisation et de l'action territoriale, doit permettre aux personnes majeures titulaires d'un passeport biométrique ou d'un titre de séjour étranger électronique de se créer une identité numérique à partir de leur titre d'identité sur son application mobile puis de s'identifier et de s'authentifier à des fournisseurs de services en ligne.

⁴ Disponible ici : <https://www.interieur.gouv.fr/Archives/Archives-des-dossiers/2018-Dossiers/Le-ministere-de-l-Interieur-a-l-heure-du-numerique/Le-numerique-instrument-de-transformation-de-l-Etat>

Elle relève que le traitement projeté repose sur un système de reconnaissance faciale permettant de vérifier l'exactitude de l'identité alléguée par la personne recourant à ce dispositif, l'identité numérique ainsi créée pouvant être utilisée pour s'identifier et s'authentifier auprès de services en ligne ».

8. Concernant le dispositif prévu de traitement des données biométriques, la CNIL relève à cet égard que « *le consentement au traitement des données biométriques ne peut être regardé comme libre et comme étant susceptible de lever l'interdiction posée par l'article 9.1 du RGPD* ». Elle ajoute que « *la mise en œuvre du traitement projeté doit être subordonné au développement de solutions alternatives au recours à la biométrie, telle qu'utilisée pour vérifier l'exactitude de l'identité alléguée par la personne créant son compte, et ainsi s'assurer de la liberté effective du consentement des personnes concernées au traitement de leurs données biométriques au moment de l'activation de leur compte ALICEM* ».
9. Contrairement à l'avis de la CNIL, le décret n° 2019-452 du 13 mai 2019 « *autorisant la création d'un moyen d'identification électronique dénommé « Authentification en ligne certifiée sur mobile* » » maintient le dispositif de reconnaissance faciale comme unique moyen d'activation du compte ALICEM.
10. C'est le décret attaqué.

DISCUSSION

Sur la recevabilité de la présente requête

11. D'emblée, il convient de relever que l'association exposante est bien recevable à contester la légalité du décret attaqué devant le Conseil d'Etat.
12. L'objet statutaire de La Quadrature du Net consiste en la défense des droits fondamentaux dans l'environnement numérique (non pas uniquement sur Internet), et notamment la liberté d'expression, la liberté de communication ainsi que le droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles.
13. À ce titre, l'association intervient dans les débats français et européens relatifs à ces enjeux, notamment en développant des analyses juridiques, en proposant et en évaluant des amendements au cours des procédures législatives. Elle promeut également auprès des citoyens des outils leur permettant d'assurer un meilleur contrôle de leurs données numériques, à travers des informations diffusées sur Internet (à l'image du site « controle-tes-donnees.net ») et des ateliers de formation.
14. De plus, l'exposante est engagée dans de nombreux contentieux ayant trait à la protection des données personnelles, de la vie privée et de la liberté d'expression. Elle a ainsi pu initier et intervenir dans plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité relative notamment aux accès administratifs aux données de connexion. L'association exposante est par ailleurs directement impliquée dans les débats précédant et succédant la mise en place de fichiers centralisés de données personnelles puisqu'elle a formé un recours en excès de pouvoir contre le décret 2016-1640 instituant le fichier dit « TES » et a également été auditionnée le 17 juillet 2018 par une mission d'information de l'Assemblée nationale au sujet des traitements de données mis à disposition des forces de sécurité. Encore récemment, elle est intervenue devant le Conseil constitutionnel au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2019-797 QPC, contestant la constitutionnalité de l'article L. 611-6-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qui permettait la création d'un traitement automatisé de données, notamment biométriques, concernant les ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille.
15. Or, en autorisant la création d'un moyen d'identification électronique dont l'utilisation nécessite, au moment de l'activation du compte, un traitement des données biométriques de l'utilisateur ou de l'utilisatrice, sans que celui-ci ou celle-ci n'ait le choix d'un autre dispositif, le décret précité affecte directement l'exercice des droits fondamentaux dans l'environnement numérique. En effet, en violant à plusieurs reprises certaines dispositions du règlement de l'Union européenne n° 2016/679 « 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 » (ci-après, le « RGPD ») et de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 « relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », le décret met particulièrement en danger le droit des personnes concernées au respect de leur vie privée, que l'association s'est donnée pour mission de protéger.

16. Par ailleurs et plus spécifiquement, La Quadrature du Net est particulièrement investie sur le sujet du traitement des données biométriques, en particulier des dispositifs de reconnaissance faciale. La Quadrature du Net est ainsi partie dans une affaire pendante devant le tribunal administratif de Marseille à propos d'une délibération du conseil régional Provence-Alpes-Côte d'Azur autorisant une expérimentation de reconnaissance faciale dans deux lycées de la région, à Nice et à Marseille (recours pour excès de pouvoir enregistré le 14 février 2019 sous le n° 1901249, actuellement pendant).
17. En conclusion, l'objet statutaire de l'association exposante ainsi que les actions, notamment juridictionnelles, qu'elle a entreprise depuis plusieurs années en ce sens caractérisent manifestement son intérêt à agir à l'encontre du décret attaqué et démontre la recevabilité de la présente requête, adressée en outre dans le délai requis.

Sur l'illégalité du décret attaqué

En ce qui concerne l'illégalité externe du décret attaqué

18. **En premier lieu**, le décret attaqué est irrégulier en tant qu'il procède d'une méconnaissance des règles qui gouvernent l'examen par le Conseil d'Etat des projets de décret.
19. Lorsqu'un décret doit être pris en Conseil d'Etat, le texte retenu par le Gouvernement ne peut être différent à la fois du projet qu'il avait soumis au Conseil d'Etat et du texte adopté par ce dernier (*cf.* par ex. CE, 9 décembre 2011, *Ordre des avocats de Strasbourg*, req. n° 334463, Rec. T. p. 750 ; ou encore CE, 4 décembre 2013, *Association France Nature Environnement*, req. n° 357839, Rec. T. p. 398).
20. En l'espèce, il ne ressort pas des documents préparatoires rendus publics que le décret attaqué ne contienne aucune disposition différant à la fois de celles qui figuraient dans le projet soumis par le Gouvernement au Conseil d'Etat et de celles qui ont été adoptées par sa section de l'intérieur. A cet égard, le décret est irrégulier et ne pourra qu'être censuré.
21. **En second lieu**, le décret attaqué est illégal en tant qu'il n'a pas été contresigné par tous les ministres chargés de son exécution.

22. Aux termes de l'article 22 de la Constitution :

« Les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution ».

23. S'agissant d'un acte réglementaire, les ministres chargés de son exécution sont ceux qui ont compétence pour signer ou contresigner les mesures réglementaires ou individuelles que comporte nécessairement son exécution (cf. not. CE Ass., 27 avril 1962, *Sicard et autres*, req. n° 50052, Rec. p. 279 ; CE sect., 1^{er} juin 1979, *Association « Défense et promotion des langues de France »*, req. n° 06410, Rec. p. 252, concl. D. Hagelsteen ; CE, 16 juin 2000, *Association « Tam-Tam » et autres*, req. n° 198274, Rec. T. p. 804), quels que soient les termes des décrets relatifs aux attributions des ministres (cf. CE, Ass., 8 juillet 1994, *Tête*, req. n° 141301, Rec. p. 353).

24. En l'espèce, le décret attaqué n'est pas contresigné de la Garde des Sceaux, ministre de la justice, ni par la ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales, ni par la ministre des Outre-mer, pourtant tous amenés à être chargés de son exécution.

25. Partant, faute d'avoir été également contresigné par la Garde des Sceaux, ministre de la justice, par la ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales et par la ministre des Outre-mer le décret attaqué est irrégulier, comme ayant été pris en méconnaissance de l'article 22 de la Constitution. De ce chef, la cassation est acquise.

En ce qui concerne l'illégalité interne du décret attaqué

26. Le décret attaqué est illégal en tant qu'il met en œuvre un traitement de données à caractère personnel illicite en ce qu'il est contraire aux articles 4, §. 11 et 7 du RGPD et à l'article 5, 1° de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dès lors que sa base légale consiste dans un prétendu « *consentement* » qui ne répond nullement aux strictes conditions fixées par les textes susvisés, dès lors qu'il ne résulte en aucun cas d'une manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque.

27. **A titre liminaire**, il convient de rappeler que la CNIL a souligné à plusieurs reprises le caractère particulièrement intrusif des technologies de reconnaissance faciale. Ainsi, la CNIL, sur son Web, dans un article intitulé « *Reconnaissance faciale* » indique que :

« Cette technologie n'en est désormais plus à ses balbutiements. Les enjeux de protection des données et les risques d'atteintes aux libertés individuelles que de tels dispositifs sont susceptibles d'induire sont considérables, dont notamment la liberté d'aller et venir anonymement. »

28. C'est d'ailleurs en raison des dangers pour les libertés que représente cette technologie que le RGPD a posé un principe d'interdiction de traitement des données biométriques.

29. C'est ainsi que son article 9, paragraphe 1^{er}, énonce que :

« [...] le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique sont interdits »

30. Ainsi, ne sont autorisés que les traitements des données biométriques fondés sur des cas précis, listés à l'article 9, paragraphe 2, du RGPD et qui peuvent être notamment les cas où :

*« - la personne concernée a donné son consentement explicite au traitement de ces données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques, sauf lorsque le droit de l'Union ou le droit de l'État membre prévoit que l'interdiction visée au paragraphe 1 ne peut pas être levée par la personne concernée ;
- le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public importants, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un État membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée ».*

31. Concernant le consentement, base légale qui a été choisie et revendiquée par le décret litigieux, l'article 4, §11, du RGPD exige que, pour être valide, le consentement soit une *« manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque »*.

32. L'article 7, §4, du RGPD précise que, *« au moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir, entre autres, si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat »*.

33. Le Considérant 32 précise ainsi que le consentement devra être *« donné par un acte positif clair par lequel la personne concernée manifeste de façon libre, spécifique, éclairée et univoque son accord au traitement des données à caractère personnel la concernant, par exemple au moyen d'une déclaration écrite, y compris par voie électronique, ou d'une déclaration orale »*.

34. Le considérant 42 précise que *« le consentement ne devrait pas être considéré comme ayant été donné librement si la personne concernée ne dispose pas d'une véritable liberté de choix ou n'est pas en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudice »*.

35. Enfin, le G29 a précisé le sens de ces dispositions dans ses lignes directrices (WP259), expliquant que « *le RGPD prévoit que si la personne concernée n'a pas un véritable choix, se sent contrainte de consentir ou subira des conséquences négatives si elle ne consent pas, alors son consentement n'est pas valide* ».

36. Il en résulte qu'un traitement de données biométriques comme la reconnaissance faciale, fondé sur la base légale du consentement, est conditionné à un consentement libre, c'est-à-dire à un consentement où la personne a eu un véritable choix, sans aucune contrainte.

37. **En l'espèce**, l'article 1^{er} du décret litigieux précise que :

« *Le ministre de l'intérieur est autorisé à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Authentification en ligne certifiée sur mobile* ».

38. Ce traitement a pour finalité de proposer aux titulaires de l'un des titres mentionnés à l'article 2 du présent décret la délivrance d'un moyen d'identification électronique leur permettant de s'identifier électroniquement et de s'authentifier auprès d'organismes publics ou privés, au moyen d'un équipement terminal de communications électroniques doté d'un dispositif permettant la lecture sans contact du composant électronique de ces titres, en respectant les dispositions prévues par le règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 susvisé, notamment les exigences relatives au niveau de garantie requis par le téléservice concerné.

39. L'enrôlement dans ce traitement par le titulaire de l'un des titres mentionnés à l'article 2 du présent décret donne lieu à l'ouverture d'un compte.

40. L'article 13 du décret précise à ce titre que :

41. « *L'Agence nationale des titres sécurisés procède, au moment de la demande d'ouverture du compte mentionné à l'article 1^{er}, à l'information de l'utilisateur concernant l'utilisation d'un dispositif de reconnaissance faciale statique et de reconnaissance faciale dynamique et au recueil de son consentement au traitement de ses données biométriques* ».

42. Ainsi, l'ouverture d'un compte ALICEM nécessite l'utilisation d'un dispositif de reconnaissance faciale, fondé sur le consentement de l'utilisateur ou de l'utilisatrice. Il n'existe aucun autre moyen pour l'utilisateur ou l'utilisatrice de l'application ALICEM d'activer son compte sans passer par un dispositif de reconnaissance faciale.

43. Le consentement dont se revendique le décret litigieux n'est donc nullement libre : l'utilisateur ou l'utilisatrice est contraint de consentir à ce traitement des données biométriques.

44. Il en résulte que le consentement n'est pas valide et que le décret litigieux ne respecte ni les dispositions du RGPD, ni celles de la loi n° 78-17 adoptées pour adapter le droit interne au règlement européen.

45. C'est d'ailleurs ce qu'a énoncé la CNIL dans sa délibération n° 2018-342 du 18 octobre 2018 portant avis sur ce projet de décret. Elle relève ainsi que « *le refus de procéder à de la reconnaissance faciale au stade de la procédure d'activation du compte ALICEM empêche la création de l'identité numérique ALICEM* ».

46. Elle ajoute plus loin que :

« Le refus du traitement des données biométriques fait obstacle à l'activation du compte, et prive de portée le consentement initial à la création du compte. Or la nécessité de recourir à un dispositif biométrique pour vérifier l'identité d'une personne dans le but d'atteindre le niveau de garantie « élevé » de l'identité numérique, au sens du règlement e-IDAS n'a pas été établie, compte tenu notamment de la possibilité de recourir à des dispositifs alternatifs de vérification.

Par ailleurs, la Commission relève que le ministère ne propose pas, en l'occurrence et à l'heure actuelle, d'alternative à la reconnaissance faciale pour créer une identité numérique de niveau élevé au sens du règlement e-IDAS. Il en résulte que la création d'une identité numérique ALICEM est subordonnée à un processus de reconnaissance faciale sans qu'aucune autre alternative équivalente ne soit prévue pour permettre la délivrance d'une identité numérique par cette application. ».

47. Elle en déduit que :

« Le consentement au traitement des données biométriques ne peut être regardé comme libre et comme étant par suite susceptible de lever l'interdiction posée par l'article 9.1 du RGPD ».

48. Elle relève enfin, concernant l'autre base légale qui aurait pu fonder le traitement en l'espèce, c'est à dire le cas où le traitement aurait été « nécessaire pour des motifs d'intérêt public », que : « *la caractérisation d'un tel motif, tout comme l'appréciation de la nécessité mentionnée au (g) de l'article 9.2 supposeraient en tout état de cause de la part du ministère des éléments de démonstration complémentaires* ».

49. Cet avis n'a malheureusement pas été suivi par le gouvernement. Le décret, tel que publié au Journal Officiel, prévoit toujours que seul un dispositif de reconnaissance faciale permette l'activation d'un compte ALICEM.

50. **En conclusion**, le décret est contraire tant aux dispositions du RGPD que de la loi n° 78-17.

51. A tous égards, l'annulation du décret attaqué s'impose.

PAR CES MOTIFS, l'association « La Quadrature du Net », exposante, conclut à ce qu'il plaise au Conseil d'Etat :

ANNULER le décret n° 2019-452 du 13 mai 2019 autorisant la création d'un moyen d'identification électronique dénommé « Authentification en ligne certifiée sur mobile », avec toutes conséquences de droit ;

METTRE A LA CHARGE de l'Etat une somme de 1 024 euros, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Fait à Boston, le 15 juillet 2019

Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris

BORDEREAU DES PRODUCTIONS

Pièce n° 1 : Décret attaqué ;

Pièce n° 2 : Statuts de l'association « La Quadrature du Net » ;

Pièce n° 3 : Pouvoir spécial.