

Bastien Le Querrec
La Quadrature du Net
60, rue des Orteaux
75020 Paris
Téléphone : +33 9 72 29 44 26
E-mail : contact@laquadrature.net, blq@laquadrature.net

Monsieur le président du Conseil
constitutionnel,
Mesdames et Messieurs les membres du
Conseil constitutionnel,
2, rue de Montpensier
75001 Paris

Paris, le 23 décembre 2019.

Objet : Contribution extérieure sur l'article 57 du projet de loi de finances pour 2020 (affaire n° 2019-796 DC)

Monsieur le président,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

La Quadrature du Net est une association qui œuvre à la défense des libertés à l'ère du numérique. À ce titre, nous avons, durant les débats parlementaires du projet de loi de finances pour 2020, attiré l'attention du public et des parlementaires sur son article 57 qui, pour plusieurs raisons, nous semble contraire à la Constitution. J'ai ainsi l'honneur de vous adresser cette présente contribution extérieure au nom de l'association La Quadrature du Net afin de démontrer l'inconstitutionnalité de cet article 57.

Cet article autorise les administrations fiscale et douanière, afin de lutter contre certains types de fraudes fiscales, à collecter et à traiter des données rendues publiques sur les plateformes en ligne, dont les réseaux sociaux. En cela, il s'agit d'un traitement de données à caractère personnel au sens de la loi du 6 janvier 1978. Cette surveillance des contenus publics est faite grâce à un traitement algorithmique. Celui-ci, après analyse des informations collectées, va lever une alerte sur les cas relevant potentiellement d'un manquement fiscal prévu dans la liste exhaustive du I. de l'article 57. En cas de levée d'alerte, l'administration fiscale – un humain et non plus un algorithme – peut procéder ou non à un contrôle fiscal. Nous démontrerons que ce contrôle humain est inexistant (III). Auparavant, dans un premier temps, il sera démontré que cette disposition constitue un cavalier

budgétaire (I), puis qu'il s'agit d'une atteinte disproportionnée aux droits et libertés protégés par la Constitution (II).

I. Sur le caractère de cavalier budgétaire de l'article 57

Premièrement, cet article constitue un cavalier budgétaire et ce grief suffit à le déclarer contraire à la Constitution.

L'article 57 autorise les administrations fiscales et douanières à recourir à un traitement algorithmique d'analyse des plateformes en ligne afin de détecter de potentielles fraudes au code général des impôts ou au code des douanes.

En droit, il est de jurisprudence constante (Cons. const. 29 décembre 2005, n° 2005-530 DC, *Loi de finances pour 2006*, point 103 ; Cons. const. 29 décembre 2009, n° 2009-600 DC, *Loi de finances rectificative pour 2009*, point 11 ; Cons. const. 29 décembre 2012, n° 2012-662 DC, *Loi de finances pour 2013*, point 142 ; Cons. const. 28 décembre 2017, n° 2017-758 DC, *Loi de finances pour 2018*, point 145) qu'une disposition qui ne concerne ni les ressources, ni les charges, ni la trésorerie, ni les emprunts, ni la dette, ni les garanties ou la comptabilité de l'État, qui n'a pas trait à des impositions de toutes natures affectées à des personnes morales autres que l'État, qui n'a pas pour objet de répartir des dotations aux collectivités territoriales ou d'approuver des conventions financières, et qui n'est pas relative au régime de la responsabilité pécuniaire des agents des services publics ou à l'information et au contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques, n'a pas sa place dans une loi de finances et est donc contraire à la Constitution.

En l'espèce, l'article 57 du projet de loi de finances – malgré la circonstance que ce traitement algorithmique soit utilisé à des fins de lutte contre la fraude – ne se rattache à aucune de ces catégories. Le Conseil d'État, dans l'avis sur cet article révélé par la presse¹, partage cette même analyse.

L'article 57 n'a donc pas sa place dans une loi de finances. Il doit alors être déclaré contraire à la Constitution.

II. Sur l'atteinte disproportionnée aux droits et libertés protégés par la Constitution

Deuxièmement, cet article constitue une atteinte disproportionnée aux droits protégés par la Constitution.

Cet article est une atteinte manifestement disproportionnée au droit à la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, ainsi qu'à la liberté d'expression et de communication et au droit d'expression collective des idées et des opinions.

Cet article prévoit le traitement de données publiques issues des plateformes en ligne, dont les réseaux sociaux. Deux points retiennent particulièrement notre attention. D'une part, il n'est

1. NextINpact, « Pour le Conseil d'État, #BigBrotherBercy est un cavalier budgétaire », 6 novembre 2019, <https://www.nextinpact.com/news/108376-pour-conseil-detat-bigbrotherbercyst-cavalier-budgetaire.htm>

pas nécessaire que les données traitées aient été rendues publiques par les personnes concernées seulement : ainsi, il n'est pas exclu que puissent être traitées des données confidentielles rendues publiques par un tiers. D'autre part, de même, il n'est pas prévu que des données mises par erreur sur la place publique puis retirées mais collectées entre-temps ne puissent être traitées : le responsable du traitement est donc autorisé à traiter des informations potentiellement confidentielles ou relevant de l'intimité des personnes ou de leur correspondances privées.

La CNIL, dans son avis sur cet article², estime elle aussi que ces dispositions portent atteinte au droit à la vie privée.

L'atteinte au droit à la vie privée est donc établi.

Également, cet article autorise à surveiller et analyser des données publiques : il s'agit d'opérer un traitement algorithmique sur des propos, écrits, paroles retransmises, opinions, par une surveillance constante des propos publics. Il n'est pas prévu de contingement, ni dans la loi, ni dans le décret d'application demandé : le législateur a voulu laisser à l'administration la possibilité de collecter « en masse », selon les termes de l'exposé des motifs³, sans limitation quantitative. Le sentiment légitime de surveillance constante, du fait de cette collecte concernant potentiellement l'intégralité des propos rendus publics, ne peut être nié. Ce sentiment a été plusieurs fois documenté à travers les études sur le *chilling effect*⁴.

L'atteinte à la liberté d'expression et de communication et au droit d'expression collective des idées et des opinions est donc également établie.

En droit, il est de jurisprudence constante que le Conseil constitutionnel tire de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 le droit à la vie privée (V., par exemple, Cons. const., 16 septembre 2010, n° 2010-25 QPC, *M. Jean-Victor C.*, points 6 et 16) et le droit à la protection des données à caractère personnel. Plus particulièrement, les traitements de données à caractère personnel, pour être conformes à la Constitution, doivent « être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif » (Cons. const., 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, n° 2012-652 DC, point 8 ; V. également Cons. const., 16 juin 2017, *Association nationale des supporters*, n° 2017-637 QPC, point 10 ou Cons. const., 21 octobre 2016, *Mme Helen S.*, n° 2016-591 QPC, point 3). Par ailleurs, le Conseil constitutionnel pourrait s'inspirer avec sagesse du droit européen en la matière : l'article 10 de la directive 2016/680 protège les données

2. Délibération CNIL n° 2019-114 du 12 septembre 2019 portant avis sur le projet d'article 9 du projet de loi de finances pour 2020, p. 5, https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/d2019-114_projet_article_9_plf_vs.pdf

3. « Le présent article propose d'autoriser l'administration à collecter en masse et exploiter, au moyen de traitements informatisés [...], les données rendues publiques par les utilisateurs des réseaux sociaux et des plateformes de mise en relation par voie électronique, lui permettant de mieux détecter des comportements frauduleux sans créer d'obligation déclarative nouvelle pour les contribuables et les opérateurs économiques. », Exposé des motifs de l'article 57, http://www.assemblee-nationale.fr/15/projets/pl2272.asp#P6850_733924

4. V., par exemple, Bauman Zygmunt, Bigo Didier, Esteves Paulo et al., « Repenser l'impact de la surveillance après l'affaire Snowden : sécurité nationale, droits de l'homme, démocratie, subjectivité et obéissance », *Cultures & Conflits*, 2015/2 (n° 98), p. 133-166.

sensibles dans le cadre de la lutte contre les infractions en exigeant une « nécessité absolue », et non pas une simple nécessité. Ce critère exige donc l'absence pure et simple de toute alternative pour atteindre l'objectif visé.

En droit toujours, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen affirme à son article 11 que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». La jurisprudence du Conseil constitutionnel en tire la liberté d'expression et de communication, ainsi que le droit d'expression collective des idées et des opinions, exigeant que les atteintes soient nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi (Cons. const., 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, n° 84-181 DC ; Cons. const., 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, 2009-580 DC, point 15 ; Cons. const., 20 décembre 2018, *Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information*, n° 2018-773 DC, point 15 ; Cons. const., 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, n° 2019-780 DC, point 8).

Or, ces différentes atteintes démontrées ne sont ni adéquates à l'objectif poursuivi, ni nécessaires, ni adaptées, ni proportionnées.

En l'espèce, le traitement envisagé n'est ni adéquat, ni adapté, ni proportionné. D'une part, il ressort des travaux parlementaires que ce dispositif reposera sur des algorithmes auto-apprenants, c'est-à-dire nécessitant une phase préalable d'apprentissage durant laquelle les données personnelles seront collectées et traitées en vue de participer à l'apprentissage de l'algorithme⁵. Or, pendant cette phase, aucune garantie de résultat n'est possible du fait du caractère auto-apprenant de l'algorithme. En outre, il est prévu dans cet article de collecter et traiter « *les contenus, librement accessibles sur les sites internet des opérateurs de plateforme en ligne mentionnés au 2° du I de l'article L. 111-7 du code de la consommation, manifestement rendus publics par leurs utilisateurs* » (I., al. 1^{er}), et « *les données sensibles, au sens du I de l'article 6 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, et les autres données manifestement sans lien avec les infractions mentionnées au premier alinéa du présent I sont détruites au plus tard cinq jours ouvrés après leur collecte.* » (I., al. 3) Les données collectées sont donc potentiellement des données sensibles au sens de la loi de 6 janvier 1978, pouvant faire apparaître des opinions politiques, des convictions religieuses ou philosophiques ou une appartenance syndicale ainsi que des données concernant la santé, la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle des personnes. Même si ces données sont supprimées peu après leur collecte, il en résulte un traitement de données – collecte, stockage puis analyse – sans lien avec l'objectif poursuivi de lutte contre la fraude fiscale. Le traitement prévu par l'article 57 n'est

5. « *Ce que nous proposons est d'utiliser des algorithmes, l'intelligence artificielle et les moyens du data mining – veuillez pardonner cet anglicisme –, pour appliquer un contrôle fiscal. [...] Cette phase d'expérimentation s'étalera sur trois ans avec, au bout de dix-huit mois, donc avant la fin du quinquennat, la remise d'un rapport au Parlement; on décidera ensuite si l'on arrête l'expérimentation, si on la poursuit ou si on l'amplifie.* » (Gérald Darmanin, ministre de l'action et des comptes publics, séance publique de l'Assemblée nationale du 13 novembre 2019, <http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2019-2020/20200066.asp#P1919841>)

donc pas adéquat à l'objectif poursuivi. D'autre part, l'atteinte au droit à la vie privée est manifestement disproportionnée. Les données visées au I., al. 1^{er} de l'article ne sont pas limitées dans leur quantité. Le responsable du traitement pourra donc traiter un nombre considérable de données, virtuellement illimité. De plus, les travaux parlementaires indiquent que les délits visés sont très peu nombreux, environ 3 % des manquements fiscaux⁶. Il en résulte donc un traitement d'un nombre considérable de données à caractère personnel, à terme potentiellement de l'ensemble de la population ou presque, pour la poursuite d'un très petit nombre d'infractions fiscales. Le gouvernement affirme d'ailleurs dans l'exposé des motifs de l'article 57 qu'il s'agit « *d'autoriser l'administration à collecter en masse* »⁷ les données situées sur les plateformes en ligne. Par principe, la collectes en masse n'est jamais proportionnée à la poursuite d'aucun objectif. Ainsi, l'atteinte n'est ni adéquate, ni adaptée, ni proportionnée.

En l'espèce toujours, cet article n'est pas non plus nécessaire. En effet, il ressort des travaux parlementaires qu'un tel contrôle des données publiques publiées sur les réseaux sociaux est déjà opéré humainement⁸. Le gouvernement n'a pas apporté d'élément permettant de justifier d'une nécessité de passer d'un traitement humain à un traitement algorithmique. L'exposé des motifs n'apporte pas d'élément quantitatif permettant d'apprécier le caractère nécessaire de cette atteinte. Les travaux parlementaires n'ont pas non plus permis de mettre en lumière cette nécessité. Or, par un contrôle humain des données publiques, les atteintes aux droits et libertés protégés par la Constitution sont limitées dans la mesure où les risques d'abus ou d'erreur sont matériellement réduits par la plus faible ampleur de la surveillance manuelle ; ici, le législateur n'a pas choisi de se limiter à l'atteinte strictement nécessaire⁹. Ainsi, l'atteinte n'est pas nécessaire.

L'article 57 constitue donc une atteinte manifestement disproportionnée au droit à la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, ainsi qu'à la liberté d'expression et de communication et au droit d'expression collective des idées et des opinions. L'article 57 doit donc être déclaré contraire à la Constitution.

III. Sur l'absence de conformité à l'article 21 de la Constitution

Troisièmement, l'article 57 est contraire à l'article 21 de la Constitution et à la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux décisions administratives algorithmiques.

En droit, l'article 21 de la Constitution confie le pouvoir réglementaire au Premier ministre, sous

6. « *En resserrant le dispositif sur les activités occultes et les domiciliations fiscales frauduleuses, nous excluons 97 % des manquements fiscaux* » (Joël Giraud, rapporteur général, séance publique de l'Assemblée nationale du 13 novembre 2019, <http://www.assemblee-nationale.fr/15/cri/2019-2020/20200066.asp#P1919826>)

7. Exposé des motifs de l'article 57 du projet de loi de finances pour 2020, précité.

8. « Je voudrais rappeler que l'administration procède déjà à de telles recherches de renseignements sur l'internet. Ces recherches sont faites par des êtres humains – il m'est arrivé d'en faire dans d'autres fonctions. L'article 57 permet que ces recherches soient effectuées par des robots à l'aide d'algorithmes. Ne nous trompons pas de débat. Il ne s'agit pas de savoir si l'administration a le droit d'utiliser des données personnelles publiques, car elle en a toujours eu le droit. » (Joël Giraud, rapporteur général, séance publique de l'Assemblée nationale du 13 novembre 2019, précité).

9. Il ne fait pas débat qu'une alternative à la mesure envisagée existe déjà ; cela écarte également toute conformité au droit de l'UE.

réserve des dispositions de l'article 13. En outre, dans sa décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, le Conseil constitutionnel a précisé, à propos de la possibilité offerte à l'administration de pouvoir prendre des décisions administratives prises sur le fondement d'un traitement algorithmique, que « *le responsable du traitement doit s'assurer de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. Il en résulte que ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement* » (point 71). Ainsi, le Conseil constitutionnel a estimé que des algorithmes auto-apprenants ne peuvent fonder exclusivement une décision administrative.

En l'espèce, les traitements algorithmiques envisagés par le gouvernement sont des algorithmes auto-apprenants¹⁰. Ces algorithmes sont qualifiés d'« *algorithmes d'aide à la prise de décision* » : ils lèvent une alerte sur une situation et, en théorie, c'est un humain qui prend la décision de contrôler fiscalement ou non la personne concernée. Toutefois, concrètement, cela ne signifie pas que la décision administrative qui s'en suit n'a pas été prise sur le fondement exclusif de ce traitement algorithmique d'aide à la prise de décision.

En l'espèce toujours, l'administration a recours à des algorithmes d'aides à la prise de décision lorsqu'elle veut accélérer le nombre de décisions prises, et/ou lorsqu'elle veut détecter des éléments qui ne seraient pas détectables par un humain. L'usage d'algorithmes auto-apprenants permet notamment de poursuivre ce deuxième objectif. La CNIL a relevé dans son avis sur cet article que le gouvernement s'attendait à détecter des personnes jusqu'alors inconnues de l'administration fiscale¹¹. Combiné à l'usage prévu d'algorithmes auto-apprenants, il s'agit de rechercher des éléments indétectables par une analyse humaine. Ainsi, il en résulte que, même si un humain devra théoriquement toujours prendre la décision de déclencher ou non un contrôle fiscal suite à une alerte levée par le traitement algorithmique prévu à l'article 57, il ne sera pas en situation de pouvoir apprécier la véracité du résultat. Il en résulte qu'une appréciation *in concreto* de la mesure conduit à considérer que c'est le traitement algorithmique prévu à l'article 57 qui fondera lui et lui seul la décision administrative. Ainsi, les règles posées par la décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, point 71 (précitée) interdisant l'usage d'algorithmes auto-apprenants pour fonder exclusivement une décision administrative doivent s'appliquer. Ainsi, l'article 57, n'interdisant pas l'usage de ces algorithmes auto-apprenants, est contraire à l'article 21 de la Constitution.

**

10. « *Ce que nous proposons est d'utiliser des algorithmes, l'intelligence artificielle et les moyens du data mining – veuillez pardonner cet anglicisme –, pour appliquer un contrôle fiscal.* » (Gérald Darmanin, ministre de l'action et des comptes publics, séance publique de l'Assemblée nationale du 13 novembre 2019, précité, <http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2019-2020/20200066.asp#P1919841>)

11. « *[La CNIL] prend au demeurant acte que les traitements envisagés visent à cibler une population, selon le Gouvernement, inconnue de l'administration fiscale, à l'égard de laquelle aucune procédure n'est en cours.* » (Délibération CNIL n° 2019-114 du 12 septembre 2019 précitée)

Pour ces motifs, l'association La Quadrature du Net estime que l'article 57 du projet de loi de finances pour 2020 est contraire à la Constitution.

Je vous prie de croire, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, l'assurance de ma plus haute et respectueuse considération.

Pour La Quadrature du Net,
Bastien Le Querrec

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Bl' with a long horizontal stroke underneath.