

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'ÉTAT

SECTION DU CONTENTIEUX

MÉMOIRE EN RÉPLIQUE

N° 442363

POUR : L'association « La Quadrature du Net » (LQDN)

CONTRE : 1°) Le Premier ministre
2°) Le ministre de l'intérieur

EN PRÉSENCE DE : La CNIL

Table des matières

Faits	3
Discussion	4
I Sur l'absence de nécessité absolue et de garanties appropriées pour les droits et libertés des personnes concernées	4
II Sur l'absence de finalité déterminée et le traitement ultérieur des données personnelles	7
Bordereau des productions	11

FAITS

1. Dans l'instance n° 442363, le ministre de l'intérieur n'a produit un mémoire en défense que le 23 mars 2021.

2. Le lendemain, l'association La Quadrature du Net, exposante, a été informée de ce que la séance publique se tiendrait, dans cette affaire, le lundi 29 mars à 14 heures.

3. Le 25 mars 2021, M. le rapporteur public a annoncé que ses conclusions iraient dans le sens de l'annulation des mots « *en vue de leur exploitation dans d'autres traitements, notamment par le biais d'un système de pré-renseignement* » au 1° de l'article 1^{er} du décret attaqué et du rejet du surplus des conclusions.

4. Ces deux éléments appellent de la part de l'exposante les brèves observations suivantes en réplique, qui ne modifient en rien les moyens et conclusions qu'elle a précédemment articulés et qu'elle réitère expressément.

DISCUSSION

I. Sur l'absence de nécessité absolue et de garanties appropriées pour les droits et libertés des personnes concernées

5. **En premier lieu**, le décret attaqué autorise bien la création d'un traitement de données personnelles en dehors de toute nécessité absolue et sans avoir prévu de garanties appropriées pour les droits et libertés des personnes concernées.

6. **Premièrement**, contrairement à ce que prétend le ministre de l'intérieur (*cf.* mémoire en défense, §. 3.1), le décret attaqué autorise bien la création d'un traitement de données en dehors de toute **nécessité absolue**.

7. **En droit**, l'article 10 de la directive UE n° 2016/680 du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données (ci-après directive « police-justice ») interdit par principe que soient traitées des données sensibles. Ce principe est réaffirmé au I de l'article 6 et à l'article 88 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (ci-après « loi Informatique et Libertés »). Le traitement de telles données n'est autorisé que par exception, qui doit donc être strictement interprétée, par l'article 10 de la directive « police-justice » et 88 de la loi Informatique et Libertés, « *uniquement en cas de nécessité absolue* ». L'exigence d'une telle « nécessité absolue » implique nécessairement un entier contrôle de proportionnalité qui ne peut nullement se borner à l'erreur manifeste d'appréciation.

8. **En l'espèce**, le ministre ne justifie d'aucune nécessité absolue susceptible de venir justifier le traitement litigieux.

9. Dans son mémoire du 23 mars 2021, le ministre fait, à de multiples reprises, le parallèle entre une prise de notes manuscrites et le traitement litigieux. Cette analogie suffit à montrer la totale absence de nécessité absolue : l'usage de notes

manuscrites constitue une alternative parfaitement substituable et permet d'éviter de porter atteinte aux droits et libertés des personnes en évitant le recours à un traitement de données personnelles non nécessaire, sans obérer aucunement l'efficacité opérationnelle de la gendarmerie nationale. On rappellera, à cet égard, que la gendarmerie nationale assure normalement ses missions grâce à des notes manuscrites depuis des siècles, en sorte que l'on peine à comprendre comment le recours à un traitement automatisé de données serait subitement devenu **absolument nécessaire**.

10. De même, seul le prérenseignement de l'état civil préalablement à l'interrogation des fichiers *via* l'application « Messagerie tactique » est couverte par le décret attaqué (*cf. infra*). Ce faisant, la consultation d'autres fichiers de police est déjà possible sur la base du cadre réglementaire antérieur et indépendamment du décret attaqué puisqu'elle est encadrée par les règles propres à chaque fichier consulté. Le seul avantage à pouvoir, sur un même dispositif mobile, consulter des fichiers *via* l'application « Messagerie tactique » (suite à un prérenseignement des données traitées par GendNotes) ne saurait raisonnablement être considéré comme étant nécessaire ni, *a fortiori*, comme qualifiant une nécessité absolue.

11. Par ailleurs, alors que M. le rapporteur public se prononcera dans le sens d'une annulation des possibilités de transferts vers d'autres traitements de données, une telle annulation ne peut qu'entraîner l'annulation totale du décret, lequel ne se limiterait, autrement, plus qu'à une application de prises de notes automatisée, dont l'objectif est aisément atteignable sans traitement automatisé de données, par l'usage de notes manuscrites.

12. **Deuxièmement**, le traitement litigieux ne comporte aucune garantie appropriée pour les droits et libertés des personnes concernées.

13. **En droit**, au-delà de l'exigence, déjà examinée, d'une « *nécessité absolue* », l'article 10 de la directive « police-justice » impose que des données sensibles ne puissent être traitées que « *sous réserve de garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée* ».

14. Aux termes du considérant 33 de la directive « police-justice » :

« *Le droit des États membres qui régit le traitement des*

données à caractère personnel relevant du champ d'application de la présente directive devrait préciser au minimum les objectifs, les données à caractère personnel qui feront l'objet d'un traitement, les finalités du traitement et les procédures pour garantir l'intégrité et la confidentialité des données à caractère personnel et les procédures prévues pour la destruction de celles-ci, fournissant ainsi des garanties suffisantes vis-à-vis des risques d'utilisation abusive et d'arbitraire. »

15. Il faut donc également entendre par « garanties », notamment, la lutte contre les abus et l'arbitraire.

16. **En l'espèce**, aucune mesure appropriée n'est prévue par le décret pour se prémunir contre les abus dans le traitement des données sensibles. Si l'article 2 du décret attaqué précise que les données ne peuvent être traitées que « *dans la stricte mesure où elles sont nécessaires, adéquates et proportionnées aux finalités mentionnées à l'article 1^{er} [du décret attaqué]* », il ne s'agit que d'un rappel des conditions de légalité relatives à la proportionnalité d'un traitement, et aucunement des garanties pour les droits et libertés des personnes concernées.

17. En particulier, aucun contrôle — ni *a priori*, ni *a posteriori* — des données traitées n'est prévu dans le décret attaqué. Il en résulte que, si des données sont traitées par le traitement litigieux alors qu'elles ne devraient pas y figurer, il ne sera pas possible de constater leur existence, ni de procéder à leur suppression, autrement que par un contrôle facultatif et reposant exclusivement sur l'arbitraire de l'administration. En outre, cette situation est susceptible d'engendrer des inégalités de traitement injustifiées entre les personnes concernées.

18. **En conclusion**, le décret attaqué autorise la mise en œuvre d'un traitement de données sensibles contraire à l'article 10 de la directive « police-justice » et à l'article 88 de la loi Informatique et Libertés.

II. Sur l'absence de finalité déterminée et le traitement ultérieur des données personnelles

19. **En second lieu**, contrairement à ce qu'allègue le ministre, le décret attaqué autorise bien la mise en œuvre d'un traitement de données dont les finalités sont indéterminées.

20. **Premièrement**, contrairement à ce que prétend vainement le ministre, le traitement litigieux pourra être interconnecté avec d'autres fichiers.

21. **En droit**, le 2° de l'article 4 de la loi Informatique et Libertés, de même que l'article 4 de la directive « police-justice », exigent que les finalités d'un traitement soient déterminées (*cf.* mémoire complémentaire du 3 novembre 2020, §. II., A.).

22. **En l'espèce**, contrairement à ce que soutient le ministre de l'intérieur, le décret attaqué autorise bien une interconnexion avec un nombre illimité de fichiers. Le ministre méconnaît manifestement le sens et la portée du décret attaqué en n'hésitant pas à affirmer que celui-ci ne permettrait qu'une interconnexion avec le logiciel de rédaction des procédures de la gendarmerie nationale (LRPGN) et que l'interrogation des autres fichiers *via* l'application « Messagerie tactique » ne serait qu'une mise en relation.

23. **D'une part**, le 1° de l'article 1^{er} du décret attaqué précise que le traitement autorisé a pour première finalité de « *faciliter le recueil et la conservation, en vue de leur exploitation dans d'autres traitements de données, notamment par le biais d'un système de pré-renseignement, des informations collectées par les militaires de la gendarmerie nationale* ». Or, cette première finalité n'est pas limitée, dès lors qu'elle vise « *d'autres traitements de données* », sans indiquer lesquels. Ainsi, si la CNIL faisait état dans sa délibération relative au projet de décret que le LRPGN est visé à ce point, ce que rappelle le mémoire en défense du 23 mars 2021 (p. 6), cette finalité n'est aucunement limitée au LRPGN. Pourtant, l'« *exploitation dans d'autres traitements de données* » doit nécessairement s'entendre comme une interconnexion au sens où les données ainsi collectées pourront conduire à l'alimentation de ces « *autres traitements de données* », ce que relevait bien la CNIL qui soulignait que le projet de décret qui lui a été soumis permettra « *d'alimenter de manière automatisée* » les traitements visés au 1° de l'article 1^{er}.

24. Par ailleurs, dans son mémoire en défense du 23 mars 2021, le ministre reconnaît bien que le LRPGN est alimenté par le traitement litigieux : « *L'alimentation de LRPGN par GendNotes concerne toutes les informations enregistrées dans le traitement GendNotes à l'exception des éventuels champs libres qui sont uniquement accessibles via l'application* » (cf. mémoire en défense, p. 6). Or, cette alimentation étant possible sur la base du 1^{er} de l'article 1^{er} du décret attaqué — lequel n'est pas enfermé dans une liste limitée d'autres traitements — vers le LRPGN, elle l'est *a fortiori* vers le fichier des « Traitements des antécédents judiciaires » (TAJ), lequel permet de procéder à un dispositif de reconnaissance faciale conformément aux alinéas 16 et 59 de l'article R. 40-26 du code de procédure pénale (cf. mémoire complémentaire du 3 novembre 2020, §. 21).

25. Non seulement les traitements vers lesquels les données collectées dans le traitement GendNotes ne sont pas limités, mais encore il n'est pas prévu de pouvoir différencier le périmètre des données transférées en fonction du traitement récipiendaire. Concernant le cas particulier du TAJ et, dès lors que le décret attaqué autorise un transfert vers ce fichier de l'ensemble des données collectées à l'exception des données de la « zone de commentaire libre », le statut de la personne dont les données sont transférées ne pourra être précisé. Le mémoire en défense est très clair sur ce point (cf. mémoire en défense, §. 3.3) : ce statut, parce qu'il ne peut être renseigné que dans la « zone de commentaire libre », n'est pas transférable. Or, cela n'est pas anodin. Cela a, en effet, pour conséquence néfaste de ne pas pouvoir spécifier si les données transférées vers le TAJ sont relatives à une personne mise en cause, une personne victime, une personne tierce, etc., alors que ce statut, qui conditionne notamment le régime des droits que les personnes concernées sont susceptibles d'exercer sur ce fichier (droit d'accès aux données et droit de suppression), est pourtant indispensable à la proportionnalité du dispositif.

26. Enfin, l'application GendNotes, avant même qu'elle soit autorisée par le décret attaqué, prévoyait dès son origine une interconnexion avec d'autres traitements de données que le LRPGN. En effet, le Général Richard Lizurey affirmait dès octobre 2017 devant la commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale que « *Une application semblable, GENDNOTE, est déjà utilisée [...]. Aujourd'hui, [le gendarme] peut prendre des notes directement sur son smartphone ou sa tablette, qui sont intégrées dans un logiciel de rédaction de procédure, ainsi que dans les bases* » (cf. pièce n° 5).

27. D'autre part, la consultation de fichiers *via* l'application « Messagerie tactique » est hors champ du décret attaqué. L'application « Messagerie tactique » constitue une interface de consultation de fichiers de police et est régie par le régime propre à chaque fichier consulté, non par le décret attaqué. En revanche, le prérenseignement de l'état civil dans l'interface « Messagerie tactique » (avant consultation des autres fichiers) sur la base des données traitées dans GendNotes, constitue bien une interconnexion au sens où il s'agit bien d'alimenter un autre traitement (« Messagerie tactique ») et non de seulement consulter des données.

28. **Deuxièmement**, le ministre se méprend radicalement en soutenant que l'article 35 de la loi Informatique et libertés n'imposerait pas de spécifier de manière exhaustive la liste des traitements vers lesquelles des données peuvent être transférées.

29. **En droit**, aux termes de l'article 35 de la loi Informatique et Libertés :

« Les actes autorisant la création d'un traitement en application des articles 31 et 32 précisent :

1° La finalité du traitement et, le cas échéant, sa dénomination ;

[...]

3° Les catégories de données à caractère personnel enregistrées ;

4° Les destinataires ou catégories de destinataires habilités à recevoir communication de ces données ; [...] »

30. Ainsi, si les données enregistrées dans un fichier sont destinées à être partagées avec d'autres fichiers, le décret qui l'autorise doit lister les catégories des personnes pouvant accéder à ces autres fichiers ainsi que les catégories de données pouvant être échangées. S'il en allait autrement, il serait possible de contourner les conditions d'accès aux données prévues dans le traitement initial, à l'aide de traitements ultérieurs et potentiellement illimités.

31. En pratique, les 1°, 3° et 4° de l'article 35 de la loi Informatique et Libertés ne peuvent être remplis qu'en précisant, de manière exhaustive, la liste des traitements vers lesquels un transfert est possible, renvoyant ce faisant au régime propre à chaque autre traitement en matière de finalités, catégories de données traitées et destinataires des données traitées.

32. Par ailleurs, une telle obligation de spécification exhaustive des traitements vers lesquels un transfert de données peut avoir lieu découle également des articles 4 et 92 de la loi Informatique et Libertés, de même que de l'article 4 de la directive « police-justice » (*cf.* mémoire complémentaire du 3 novembre 2020, §. II., A.).

33. **En l'espèce**, aucune liste exhaustive de traitements vers lesquels les données peuvent être exploitées n'est prévue.

34. **En conclusion**, le décret attaqué autorise la mise en œuvre d'un traitement dont la finalité n'est pas déterminée.

PAR CES MOTIFS, l'association La Quadrature du Net, exposante, persiste dans les conclusions de sa requête.

Fait à Paris, le 26 mars 2021

Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris

BORDEREAU DES PRODUCTIONS

Pièces produites avec la requête du 2 août 2020 :

Pièce n° 1 : Décret attaqué ;

Pièce n° 2 : Statuts de LQDN ;

Pièce n° 3 : Décision du collège solidaire de LQDN du 31 juillet 2020 ;

Pièce n° 4 : Pouvoir spécial ;

Pièce produite avec le mémoire complémentaire du 3 novembre 2020 :

Pièce n° 5 : Avis présenté au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi de finances pour 2018, Tome XI « Sécurités : Gendarmerie nationale », <https://www.senat.fr/rap/a17-110-11/a17-110-111.pdf>.