

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 COMPLÉMENTAIRE

N° 442361

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

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

EN PRÉSENCE DE : La CNIL

FAITS

1. L'association « La Quadrature du Net », exposante, promeut et défend les libertés fondamentales dans l'environnement numérique.

2. Par décret n° 2020-356 du 27 mars 2020, contresigné par la garde des sceaux, ministre de la justice, le Premier ministre a autorisé le ministre de la justice à mettre en œuvre, pour une durée de deux ans, un traitement automatisé de données à caractère personnel, dénommé « DataJust », ayant pour finalité le développement d'un algorithme destiné à permettre l'évaluation rétrospective et prospective des politiques publiques en matière de responsabilité civile et administrative, l'élaboration d'un référentiel indicatif d'indemnisation des préjudices corporels, l'information des parties et l'aide à l'évaluation du montant de l'indemnisation à laquelle les victimes peuvent prétendre afin de favoriser un règlement amiable des litiges, ainsi que l'information ou la documentation des juges appelés à statuer sur des demandes d'indemnisation des préjudices corporels.

3. C'est le décret attaqué.

DISCUSSION

I. Sur l'intérêt à agir de l'exposante

4. D'emblée, il convient de relever que l'association exposante est bien recevable à contester la légalité de l'arrêté attaqué devant le Conseil d'État.

5. 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, à la protection des données à caractère personnel et la lutte contre le fichage généralisé.

6. À ce titre, l'association intervient dans les débats français et européens relatifs à ces enjeux, notamment en développant des analyses juridiques, ou encore 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.

7. Aux termes de l'article 3 de ses statuts (pièce n° 2), LQDN est une association constituée conformément à la loi du 1^{er} juillet 1901 qui a notamment pour objet « *la promotion et la défense des droits et des libertés fondamentales dans l'environnement numérique* », et notamment « *la lutte contre la surveillance généralisée ou politique, d'origine privée ou publique* » et « *la lutte contre l'utilisation d'outils numériques à des fins de surveillance illégitime* ». Il est par ailleurs indiqué que « *La mise en œuvre de cet objet et de ces différents sujets se traduit en pratique par toutes les actions jugées utiles et notamment par [...] la mise en œuvre d'actions juridiques et de contentieux* ».

8. Il est enfin précisé que « *Pour mettre en œuvre ses actions [...] elle jouit de la capacité juridique intégrale reconnue par la loi aux associations et notamment du pouvoir d'ester en justice* ».

9. Également, LQDN, depuis plus de cinq ans, a engagé plusieurs actions contentieuses afin de défendre les droits au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles. Elle est régulièrement conduite à défendre les droits et libertés fondamentaux devant le juge administratif ¹, en particulier le Conseil d'État ², et le Conseil constitutionnel ³.

10. Or, le décret attaqué, en autorisant la mise en œuvre d'un traitement de données personnelles, et *a fortiori* un traitement de données sensibles, participe à l'accentuation du fichage sur la population et affecte directement l'exercice des droits fondamentaux dans l'environnement numérique que l'association requérante entend défendre. En particulier, en prévoyant des finalités qui ne sont pas précisément définies, sans recueillir le consentement des personnes intéressées, et en traitant des données qui sont manifestement disproportionnées, le décret attaqué viole les règles relatives à la protection des données personnelle et participe à une augmentation du fichage généralisé contre lequel l'association requérante s'est donnée pour mission de lutter.

11. **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.

1. TA Marseille, 27 février 2020, n° 1901249.

2. CE, 16 octobre 2019, n° 433069 ; CE, ord. réf., 14 août 2019, n° 433070 ; CE, 18 octobre 2018, n° 404996 ; CE, 26 juillet 2018, nos 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.

3. Cons. const., 3 avril 2020, *UNEF*, n° 2020-834 QPC ; Cons. Const., 26 juillet 2019, *UNICEF France*, n° 2019-797 QPC ; Cons. const., 14 juin 2019, n° 2019-789 QPC ; Cons. const., 15 février 2019, n° 2018-764 QPC ; Cons. const., 30 mars 2018, n° 2018-696 QPC ; Cons. const., 2 février 2018, n° 2017-687 QPC ; Cons. const., 15 décembre 2017, n° 2017-692 QPC ; Cons. const., 4 août 2017, n° 2017-648 QPC ; Cons. const., 21 juillet 2017, n° 2017-646/647 QPC ; Cons. const., 2 décembre 2016, n° 2016-600 QPC ; Cons. const., 21 octobre 2016, n° 2016-590 QPC ; Cons. const., 24 juillet 2015, n° 2015-478 QPC.

II. Sur l'illégalité interne de la décision attaquée

A. En ce qui concerne l'absence de finalité déterminée et explicite

12. **En premier lieu**, le décret attaqué méconnaît notamment les articles 4 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, et 5 du règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016, dès lors que sa finalité n'est ni déterminée, ni explicite.

13. **En droit**, l'article 4, 2° 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 ») dispose que les données personnelles doivent être « *collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités.* [...] ».

14. Le règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016 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 « RGPD ») prévoit à son article 5, 1., b) que les données personnelles doivent être « *collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités* ».

15. **En l'espèce**, le décret attaqué prévoit comme finalité le « *développement d'un algorithme devant servir* » à quatre objectifs (article 1^{er}).

16. Les quatre objectifs de cet algorithme sont particulièrement larges. Il s'agit de servir à « [réaliser des] *évaluations rétrospectives et prospectives des politiques publiques en matière de responsabilité civile ou administrative* », à « [élaborer un] *référentiel indicatif d'indemnisation des préjudices corporels* », à « [informer les] *parties et [aider] à l'évaluation du montant de l'indemnisation à laquelle les victimes peuvent prétendre afin de favoriser un règlement amiable des litiges* », et enfin à « [informer ou documenter les] *juges appelés à statuer sur des demandes d'indemnisation des préjudices corporels* ». Ces quatre objectifs devront être atteints par un seul et même algorithme.

17. Or, **premièrement**, ces objectifs sont particulièrement généraux et impré-

cis et se bornent à de simples indications, sans détails. Alors que la véritable finalité de ce traitement de données personnelles est bien le développement d'un algorithme, le décret attaqué n'encadre pas ce développement et ne se contente que de simples descriptions vagues de ce que devra être le produit développé. Aucun cahier des charges n'est ainsi annexé et aucun rapport n'est prévu par le décret attaqué. La finalité du décret attaqué est donc le développement d'un algorithme dont les finalités mêmes ne sont pas déterminés.

18. **Deuxièmement**, l'objectif mentionné au 1^o) de l'article 1^{er} du décret attaqué, n'est pas explicite. Dans sa délibération n° 2020-002 du 9 janvier 2020 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « DataJust » (demande d'avis n° 19020148), la CNIL relevait déjà, s'agissant d'une formulation presque identique dans le projet de décret, que cet objectif « *mériterait d'être [explicité]* ». Elle cite notamment le ministère de la justice qui prévoyait sous cette catégorie l'« [enrichissement] *et [l'amélioration de] la qualité des études d'impact* ».

19. On ne pourra que relever la possibilité d'interpréter l'objectif mentionné au 1^o de l'article 1^{er} du décret attaqué comme allant au-delà de l'élaboration d'études d'impact. Il serait ainsi possible d'interpréter cet objectif comme visant à élaborer d'autres études, bien plus larges, comme des évaluations d'ensemble d'une politique.

20. Une telle incertitude sur l'interprétation de cet objectif n'est pas pour autant sans conséquences sur le droit à la protection des données personnelles, droit constitutionnellement protégé au titre du droit à la vie privée. En effet, en prévoyant un objectif qui n'est pas explicite, l'objectif mentionné au 1^o) peut faire l'objet d'une interprétation *a maxima* sans contrevenir aucunement à la lettre du décret. Ce faisant, le traitement envisagé pour parvenir à cet objectif devra concerner un nombre important de données personnelles pour satisfaire une interprétation aussi large des objectifs de l'algorithme. Dès lors, ce traitement ne pourra qu'être particulièrement intrusif, tel qu'il sera démontré ci-après.

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

B. En ce qui concerne la disproportion manifeste du champ des données personnelles traitées

22. **En deuxième lieu**, le décret attaqué méconnaît encore les articles 4 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, et 5 et 25 du règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016, dès lors qu'il méconnaît manifestement le principe de proportionnalité des données traitées.

23. **En droit**, l'article 4 de la loi Informatique et Libertés impose que les données personnelles traitées soient « *adéquates, pertinentes et, au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées, limitées à ce qui est nécessaire ou, pour les traitements relevant des titres III et IV, non excessives* ». Le RGPD prévoit au c) de son article 5 que les données traitées doivent être « *adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées* », et précise qu'il s'agit du principe de « *minimisation des données* ».

24. L'article 25 du RGPD, intitulé « *Protection des données dès la conception et protection des données par défaut* », prévoit à son 1°) que, « *compte tenu de l'état des connaissances, des coûts de mise en œuvre et de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement ainsi que des risques, dont le degré de probabilité et de gravité varie, que présente le traitement pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement met en œuvre, tant au moment de la détermination des moyens du traitement qu'au moment du traitement lui-même, des mesures techniques et organisationnelles appropriées, telles que la pseudonymisation, qui sont destinées à mettre en œuvre les principes relatifs à la protection des données, par exemple la minimisation des données, de façon effective et à assortir le traitement des garanties nécessaires afin de répondre aux exigences du présent règlement et de protéger les droits de la personne concernée.* »

25. **En l'espèce**, le décret attaqué autorise à son article 2 le traitement de données personnelles, dont des données sensibles, qui sont : les noms et prénoms des personnes physiques, à l'exception des parties ; la date de naissance, le genre, le lien de parenté avec les victimes et le lieu de résidence ; des données et informations relatives aux préjudices subis ; des données relatives à la vie professionnelle et à la situation financière ; les avis des médecins et experts ayant examiné la victime et le montant de leurs honoraires ; les données relatives à des infractions et condamna-

tions pénales ; les données relatives à des fautes civiles ; le numéro des décisions de justice.

26. **D'une part**, le fait même de traiter des données à des fins de développement d'un algorithme — dont les finalités ne sont, par ailleurs, pas déterminées ni explicites, et, comme démontré ci-après, dont l'illicéité est patente — rend l'utilité de ces données personnelles traitées incertaine. Au mieux, certaines données traitées seront utiles, mais ne seront pas « nécessaires » au sens du RGPD et de la loi Informatique et Libertés.

27. Le décret attaqué doit donc, pour parvenir à une finalité qui n'est pas déterminée ni explicite, autoriser le traitement d'un nombre large de données si l'on veut espérer pouvoir déterminer l'utilité de quelques unes. Or, cette détermination de la nécessité, de l'adéquation et de la proportionnalité des données personnelles à traiter ne devrait pas constituer le traitement lui-même, ou bien un traitement portant sur un nombre très restreint de données, ou bien sur la base du consentement. Tel n'est pas le cas, comme cela sera développé ci-après.

28. **D'autre part**, force est de constater l'ampleur des données personnelles traitées. Ainsi, si certaines peuvent s'avérer utiles à l'élaboration d'un algorithme permettant une meilleure efficacité de la justice, d'autres types de données ne sont pas adéquates, encore moins proportionnées.

29. Il en va en particulier ainsi, premièrement, des données mentionnées au 3° de l'article 2, qui sont les « *données et informations relatives aux préjudices subis* ». En effet, les éléments mentionnés en dessous du 3° sont indicatifs, ceux-ci pouvant « *notamment* » être traités. La liste des frais, mentionnés aux deuxième et troisième points sous le 3°, sont une illustration de la conception très large et, ce faisant, disproportionnée, des informations traitées. De tels frais (« *notamment frais médicaux, paramédicaux, pharmaceutiques et d'hospitalisation* », « *notamment frais de logement, d'équipement et de véhicule adaptés* ») sont pourtant de nature à révéler des informations très précises sur le contexte socio-économiques des personnes.

30. Il en va de même, deuxièmement, des données mentionnées au 4° de l'article 2 du décret attaqué. Ces données sont relatives à la vie professionnelle et à la situation financière et comportent « *la profession, le statut, les perspectives d'évo-*

lution et droits à la retraite, le montant des gains et pertes de gains professionnels des victimes, ainsi que des responsables ou personnes tenues à réparation ». En soi, parce qu'elles sont relatives à la situation sociale et économiques des personnes concernées, de telles informations donnent des informations très précises sur leur vie et leurs situation sociale, et ne devraient ce faisant pas participer au développement d'un algorithme.

31. Troisièmement, le « *montant [des] honoraires [des médecins et experts ayant examiné la victime]* », mentionné au 5° de l'article 2, n'est ni adéquat, ni nécessaire au développement d'un algorithme, et ne pourront au mieux que donner des indices quant à la catégorie socio-professionnelle des victimes.

32. Quatrièmement, il en va de même pour la catégorie de « *données relatives à des fautes civiles* ». Ces données personnelles ne sont pas nécessaires au sens où l'algorithme dont le développement est projeté est en rapport avec « *l'indemnisation des préjudices corporels* », donc sans lien obligatoire avec une condamnation civile. Il est en outre possible de poursuivre la même finalité de développement d'un algorithme sans traiter ce type de données. Dans sa délibération n° 2020-356 du 27 mars 2020, la CNIL « *s'interroge [...] sur la pertinence de faire figurer [...] des données concernant les fautes civiles alors que celles-ci ne sont relatives ni à des infractions pénales ni à des condamnations pénales* ».

33. Cinquièmement, le 8° de l'article 3 du décret attaqué prévoit de traiter le « *numéro des décisions de justice* ». Or, avec un tel numéro, c'est *in fine* l'ensemble des informations personnelles, y compris celles qui ne sont pas traitées, qui pourront faire l'objet d'un accès, puisqu'il sera possible, grâce à ce numéro, d'accéder à la décision ayant conduit au traitement des données, donc d'accéder à la version non-anonymisée des données personnelles (notamment les nom et prénoms des parties). Le traitement de cette donnée n'est pas nécessaire et, compte tenu des conséquences sur la désanonymisation des données traitées, ne respecte pas le principe de minimisation des données ni celui de protection des données dès la conception.

34. **En conclusion**, le décret attaqué autorise un traitement de données personnelles manifestement disproportionné.

C. En ce qui concerne l'illicéité du traitement

35. **En troisième lieu**, le décret attaqué méconnaît encore les articles 4 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, et 6 et 9 du règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016, en ce qu'il autorise la création d'un traitement de données personnelles manifestement illicite.

36. **En droit**, l'article 4, 1°, de la loi Informatique et Libertés prévoit que les données personnelles doivent être « *traitées de manière licite, loyale et, pour les traitements relevant du titre II, transparente au regard de la personne concernée* ». Le RGPD reprend un tel critère à son article 5, 1, a), et précise à son article 6 que le traitement peut être licite s'il « *est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public* ».

37. **En droit**, toujours, l'article 9 du RGPD pose un principe d'interdiction de traiter des données personnelles sensibles, mais admet la possibilité d'un tel traitement si une des conditions du 2 de cet article est remplie. Notamment, le g) du 2 de cet article prévoit qu'il est possible de traiter des données personnelles sensibles si « *le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public important, 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* ».

38. **En l'espèce, premièrement**, le traitement n'est pas nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public au sens de l'article 6 du RGPD. En effet, si l'élaboration d'un tel algorithme peut être, au mieux, utile, elle n'est pas nécessaire aux fins d'évaluer la politique judiciaire ou d'aider les justiciables. Notamment, la « Nomenclature des postes de préjudices », parfois appelée « Nomenclature Dintilhac », permet, par une évaluation ne nécessitant pas de traiter des données personnelles, d'aboutir à un résultat identique à celui auquel aboutira l'algorithme dont le développement est projeté.

39. **Deuxièmement**, concernant le cas particulier des données personnelles sensibles, le traitement concerne l'ensemble des « *décisions de justice rendues en appel entre le 1^{er} janvier 2017 et le 31 décembre 2019 par les juridictions adminis-*

tratives et les formations civiles des juridictions judiciaires dans les [...] contentieux portant sur l'indemnisation des préjudices corporels ». En cela, le décret attaqué n'a pas prévu de mesures appropriées au sens de l'article 9 du RGPD dans le sens où il ne prévoit aucune mesure particulière pour ces types de données, ni pour les personnes mineures. Également, le décret attaqué n'est pas proportionné au sens de l'article 9 en raison de l'étendue des données personnelles sensibles traitées, comme cela a été développé ci-avant.

40. **Troisièmement**, à l'inverse, un traitement permettant le développement d'un tel algorithme aurait pu avoir comme base légale le consentement, au sens des articles 6, 1, a), et 9, 2, a) du RGPD, et aurait ainsi permis de traiter moins de données personnelles sans limiter l'efficacité dans la poursuite des finalités — à supposer que celles-ci aient été déterminées et explicites. Or, le ministre de la justice a préféré autoriser le traitement des données de l'ensemble des justiciables et personnes intervenant dans une procédure judiciaire sans justifier aucunement cette nécessité dans le développement d'un algorithme. Non seulement le consentement n'est pas requis, mais le droit d'opposition est refusé par l'article 6, alinéa 2 du décret attaqué.

41. **En conclusion**, le décret attaqué prévoit un traitement de données personnelles manifestement illicite.

III. Sur l'illégalité externe

A. En ce qui concerne l'irrégularité de la procédure

42. **En quatrième lieu**, le décret attaqué est irrégulier en tant qu'il procède d'une méconnaissance des règles qui gouvernent l'examen par le Conseil d'État des projets de décret.

43. Lorsqu'un décret doit être pris en Conseil d'État, le texte retenu par le Gouvernement ne peut être différent à la fois du projet qu'il avait soumis au Conseil d'État 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).

44. **En l'espèce**, il ne ressort pas des documents préparatoires rendus publics que le décret attaqué ne serait pas différent à la fois de la version initiale soumise par le Gouvernement à la section de l'intérieur du Conseil d'Etat et de la version adoptée par cette section administrative. À cet égard, le décret est irrégulier et ne pourra qu'être censuré.

B. En ce qui concerne l'absence de l'ensemble des signatures nécessaires à la régularité du décret attaqué

45. **En cinquième lieu**, le décret attaqué est illégal en tant qu'il n'a pas été contresigné par l'ensemble des ministres chargés de son exécution.

46. 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. »

47. 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*, n° 50052, Rec. p. 279 ; CE sect., 1er juin 1979, *Association « Défense et promotion des langues de France »*, n° 06410, Rec. p. 252, concl. D. Hagelsteen ; CE, 16 juin 2000, *Association « Tam-Tam » et autres*, 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*, n° 141301, Rec. p. 353).

48. **En l'espèce**, le décret attaqué n'est contresigné ni par le ministre des solidarités et de la santé, ni par la ministre de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation, ni par le ministre de l'intérieur, pourtant tous amenés à être chargés de son exécution.

49. Partant, faute d'avoir été également contresigné par ces ministres, le décret

attaqué est irrégulier, en ce qu'il a été pris en méconnaissance de l'article 22 de la Constitution.

50. À tous égards, l'annulation du décret attaqué s'impose.

PAR CES MOTIFS, l'association La Quadrature du Net, exposante, conclut qu'il plaise au Conseil d'État de :

ANNULER le décret attaqué, avec toutes conséquences de droit ;

ENJOINDRE au garde des sceaux, ministre de la justice, de procéder à la suppression des données récoltées depuis l'entrée en vigueur du décret annulé, sous astreinte de 1 024 euros par jour de retard ;

METTRE À LA CHARGE de l'État une somme de 4 096 euros, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Fait à Paris, le 2 novembre 2020.

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.