

A la une

Département Protection des données personnelles - vie privée

ADOPTION DE LA NOUVELLE LOI INFORMATIQUE ET LIBERTES

La loi destinée à intégrer certaines dispositions du règlement (UE) 2016/679 et à transposer la directive (UE) 2016/680 a été publiée le 20 juin 2018. Il convient à présent d'attendre l'adoption de l'Ordonnance en fin d'année pour pouvoir disposer d'un texte consolidé.

Pour mémoire, le paquet européen de protection des données personnelles a été adopté par le Parlement européen et le Conseil le 27 avril 2016. Ce paquet se compose :

- d'un règlement (UE) 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel applicable à compter du **25 mai 2018**.
- d'une directive (UE) 2016/680 relative aux traitements mis en œuvre à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuite en la matière ou d'exécution de sanctions pénales devant être transposée avant le **6 mai 2018**.

La loi adoptée le 20 juin a pour objectif de prendre position sur les marges de manœuvre permises par le Règlement et de transposer la Directive européenne.

■ Présentation de la loi

Le choix symbolique de ne pas abroger la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 a été fait. La loi du 20 juin 2018 vient donc intégrer les dispositions issues du paquet européen, au sein de la loi fondatrice dite « loi Informatique et Libertés ». La loi du 20 juin contient :

- un titre I^{er} relatif aux dispositions communes au règlement (UE) 2016/679 et à la directive (UE) 2016/680 (articles 1 à 8 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018) ;
- un titre II relatif aux marges de manœuvre permises par le règlement (UE) 2016/679 (articles 9 à 28 de la loi) ;
- un titre III portant transposition de la directive (UE) 2016/680 (articles 29 à 30 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018) ;
- un titre IV permettant une habilitation du gouvernement pour améliorer l'intelligibilité de la législation applicable à la protection des données (article 31 à 33 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018) ;
- un titre V sur les dispositions transitoires (articles 34 à 37 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018).

Comme le prévoit la loi, la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) a donné son avis sur le projet de loi. Or si la CNIL semble dans un premier temps souligner l'apport de ce projet de loi en ce qu'il « remplit globalement l'objectif principal qui lui était assigné » et en ce qu'il « mobilise de manière judicieuse les « marges de manœuvre » ouvertes aux Etats par le Règlement ». Elle est beaucoup plus critique sur le défaut de lisibilité de l'état du droit.

En effet, ce texte crée une complexité législative due au choix du législateur européen d'adopter un Règlement qui ne nécessite aucune mesure de transposition formelle et d'une directive qui à l'inverse doit obligatoirement être transposée dans notre corpus juridique interne.

Comme l'énonce la CNIL, cette complexité s'est trouvée aggravée « par les choix légistiques retenus » car dans l'attente de l'ordonnance prévue par l'habilitation figurant à l'article 32 de la loi, il continuera de coexister plusieurs textes qui pourront « induire en erreur le lecteur sur la portée de ses droits et obligations ».

Malgré les critiques de la CNIL et des sénateurs, le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2018-765 du 12 juin 2018 a estimé qu'il n'en résultait aucune inintelligibilité de loi contraire à la constitution. D'autant plus, en raison de l'habilitation du gouvernement à apporter des « corrections formelles et les adaptations nécessaires à la simplification et à la cohérence ainsi qu'à la simplicité » de la réglementation.

Dans l'attente de l'adoption de cette ordonnance, il conviendra de se rapporter aux différents niveaux de texte et de procéder à une analyse, parfois laborieuse, des dispositions qu'ils contiennent.

Pour résumé, coexisteront :

- **Au sein de la loi Informatique et Libertés :**

- des dispositions conformes au Règlement, dès lors que le législateur s'est prononcé sur les marges de manœuvre qui lui étaient permises ;
- des dispositions issues de la transposition de la Directive européenne ;
- les dispositions anciennes qui continueront de s'appliquer aux traitements ne relevant ni du champ d'application du Règlement ni de celui de la Directive ;

- **Au sein du Règlement européen**, les dispositions d'application directes auxquelles la loi Informatique et Libertés ne fera pas explicitement référence.

Les responsables de traitement et les sous-traitants devront manipuler plusieurs textes pour mettre en œuvre leurs traitements de données d'une manière conforme à la réglementation relative à la protection des données personnelles sans oublier les autres textes européens et nationaux qui pourront venir ajouter à ces dispositions éparses (Règlement ePrivacy, Directive NIS).

Cette complexité législative peut donc conduire les responsables de traitement et sous-traitants à se méprendre sur leurs responsabilités et obligations et on ne peut qu'espérer le plus rapidement possible l'adoption de l'ordonnance devant permettre d'améliorer l'intelligibilité de la loi Informatique et Libertés.

Seuls les deux premiers titres de la loi intéressent le cadre général de la protection des données applicable aux matières civile et commerciale. Le titre I^{er} précise les dispositions communes au Règlement et à la Directive et le titre II prend position sur les marges de manœuvres permises par le règlement.

- **Titre I^{er} : les dispositions communes au Règlement et à la directive**

Sur les missions et les pouvoirs de la CNIL, la loi tire les conséquences de l'abandon du système déclaratif et du contrôle *a priori* en faveur d'un logique de responsabilisation (accountability) et de contrôle *a posteriori*.

- **Les missions de la CNIL**

L'article 1^{er} de la loi modifie les missions de la CNIL. A cet égard, le législateur a utilisé les marges de manœuvres laissées par le Règlement puisque, outre les missions obligatoires devant être assignées à la CNIL (certification, consultation par les Présidents d'Assemblée Nationale et du Sénat, réponse aux demandes d'exercice des droits en cas de restriction de ces derniers), le texte prévoit également que la CNIL peut désormais :

- **créer un droit souple** par l'élaboration de lignes directrices, recommandations, référentiels, codes de conduite et méthodologie de référence ;
- **agrée des organismes certificateurs** ;
- **élaborer des règlements types** pour assurer la sécurité des systèmes de traitement et de régir les traitements de données de santé ;
- **présenter des observations** à l'occasion de litiges relatifs à l'application du Règlement et de la loi devant toutes les juridictions.

- **Les pouvoirs de la CNIL**

La CNIL est également dotée de nouveaux pouvoirs qui viennent renforcer les contrôles *a posteriori* qu'elle devra effectuer. Notamment, les agents de la CNIL pourront désormais **faire usage d'une identité d'emprunt**. Cette identité d'emprunt empêchera les responsables de traitement de connaître le rattachement de l'agent à la CNIL. Auparavant, ce rattachement était facilement décelable grâce à l'adresse mail utilisée (@cnil.fr).

En outre, **l'opposabilité du secret professionnel aux agents de la CNIL est précisée**. Seuls le secret professionnel applicable aux relations entre un avocat et son client, le secret des sources de traitements journalistiques, et dans certaines situations, le secret médical pourront être opposés aux membres et agents de la CNIL.

Les **mesures correctrices et de sanctions** sont également adaptées aux dispositions du Règlement européen.

A cet égard, il convient de noter que le Conseil constitutionnel a considéré que **les avertissements et les mises en demeure, même rendus publics, ne constituent pas des sanctions ayant le caractère de punition**. Selon le Conseil, une mise en demeure, même publique vise « simplement » à permettre à son destinataire de se mettre en conformité avec les textes applicables.

Cette position a de nombreuses conséquences, notamment sur les règles de procédure applicables ou encore sur la possibilité, pour la CNIL, de prononcer également une sanction, comme une sanction pécuniaire pour un même fait.

- **Les données « sensibles »**

Toujours dans le titre I^{er} de la loi, le législateur a intégré dans le champ des données « sensibles », les données **biométriques** et les données **génétiques** qu'il est donc, par principe, interdit de traiter.

Dans le même temps, **la loi crée une dérogation au profit des employeurs** leur permettant de continuer à traiter ces données aux fins de contrôle de l'accès aux lieux de travail ainsi qu'aux appareils et aux applications utilisées dans le cadre des missions confiées aux salariés.

- **Titre II : Les marges de manœuvre permises par le Règlement**

Les principaux apports de la loi du 20 juin 2018 quant aux marges de manœuvres adoptées sont les suivants :

- **Le champ d'application territoriale**

Les rédacteurs de la loi ont fait le choix de fixer les critères d'application territoriale. Lorsque le droit français a adapté ou complété les dispositions du Règlement, **ces dispositions s'appliqueront à la personne concernée qui réside en France, y compris lorsque le responsable de traitement n'est pas établi en France**. Ce choix, plus protecteur des personnes concernées, s'avère cependant plus complexe pour les responsables de traitement opérant des traitements sur l'ensemble du territoire de l'Union Européenne.

C'est par exemple le cas des dispositions de la loi sur les données des salariés, le numéro de sécurité sociale ou les mineurs.

Imaginons par exemple le cas des travailleurs frontaliers : dans ce cadre un salarié d'une entreprise allemande vivant en France, les règles spécifiques de la future loi informatique et libertés sur le numéro de sécurité sociale ou sur les données le concernant enregistrées par son employeur s'appliquent et ce même si l'employeur, qui met en œuvre le traitement, est allemand.

Si l'on prend le cas d'une entreprise multinationale dont la gestion des ressources humaines est centralisée en Italie, les dispositions spécifiques de la future loi informatique et libertés française sur la gestion des données des salariés, ou sur le NIR s'appliqueront aux données des salariés résidants en France, et ce même si le responsable de traitement de gestion des ressources humaines est en Italie.

S'agissant de l'âge de consentement des mineurs, le législateur a fait le choix d'utiliser la marge de manœuvre permise par le Règlement. L'âge de consentement des mineurs sera donc de 15 ans en France

- **Allègement des formalités**

Le régime de déclaration est entièrement supprimé conformément à l'esprit du Règlement. Il ne reste que la consultation préalable de la CNIL lorsqu'une étude d'impact d'un traitement de données fait apparaître un niveau « élevé » si le responsable de traitement ne prenait pas de mesure pour atténuer le risque.

Certains traitements sont encore soumis à l'adoption d'un décret en Conseil d'Etat pris après avis de la CNIL, c'est le cas par exemple :

- des traitements mis en œuvre pour le compte de l'Etat qui portent sur des données génétiques ou des données biométriques nécessaires à l'authentification ou au contrôle de l'identité des personnes ;
- des traitements qui mettent en œuvre le Numéro d'Inscription au Répertoire (NIR) par des personnes publiques ou privées. Il est cependant prévu la possibilité d'un décret cadre pour autoriser l'utilisation du NIR par catégorie de responsable de traitement et pour des finalités définies.

Certains traitements **dans le domaine de la santé** font l'objet de règles spécifiques, ainsi certains de ces traitements pourront être mis en œuvre s'ils respectent des référentiels ou règlements types adoptés par la CNIL, à défaut, ils devront faire l'objet d'une autorisation spécifique de la CNIL.

Concernant les traitements de recherche dans le domaine de la santé : s'ils respectent une des méthodologies de référence adoptées par la CNIL, les responsables de traitements devront simplement adresser une attestation de conformité à la CNIL. Dans le cas contraire, le traitement devra faire l'objet d'une autorisation spécifique.

- **Les obligations des sous-traitants**

Le législateur n'a pas harmonisé les obligations s'imposant aux sous-traitants aux termes des différents textes. Il conviendra donc d'appliquer pour les traitements :

- relevant du **champ d'application du Règlement**, les dispositions du chapitre IV du Règlement qui sera simplement mentionné au sein de l'article 35 de la loi Informatique et Libertés ;
- relevant du **champ d'application de la Directive**, les dispositions de l'article 70-10 de la loi Informatique et Libertés ;

- ne relevant **ni du champ d'application du règlement, ni de la directive**, les dispositions de l'article 35 de la loi Informatique et Libertés.

- **Données d'infractions**

La loi intègre la possibilité pour les personnes physiques ou morales de mettre en œuvre des traitements « **contentieux** » ou « **précontentieux** » pour leur permettre de préparer, d'exercer et de suivre une action en justice en tant que victime, mise en cause et de faire exécuter la décision rendue.

Il est également prévu que ces données puissent être traitées par un tiers autre que la victime ou le mis en cause pour le compte de ceux-ci, à l'exclusion de tout partage ou cession.

Il convient de relever que le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 12 juin 2018 a censuré une partie de ces dispositions. Le juge constitutionnel a considéré qu'en prévoyant que les traitements de ces données devraient être effectués « *sous le contrôle de l'autorité publique* », ces dispositions étaient entachées d'incompétence négative. En d'autres termes, le Conseil Constitutionnel a estimé que le législateur n'avait pas défini avec assez de précision ce que recouvraient ces notions.

- **Action de groupe**

Certaines associations ou organisation syndicales pourront exercer des actions de groupe auprès de la CNIL, mais également devant les juridictions compétentes après avoir reçu mandat de la personne concernée.

A cet égard, certains n'ont pas attendu la publication de la loi puisque de telles actions ont déjà été engagées, notamment contre les GAFAM.

P.D.G.B Société d'Avocats

174, avenue Victor Hugo
75116 Paris

Tél. : 00 (33) 01.44.05.21.21

www.pdgb.com

Hélène LEBON – Aurélien LE BRET

PDGB AVOCATS

EST CLASSÉ



EXCELLENT

TECHNOLOGIES, INTERNET & TÉLÉCOMMUNICATIONS
DROIT DES DONNÉES PERSONNELLES



FRANCE