

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

REQUÊTE

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, représentée par Bastien Le Querrec, membre du collège solidaire en exercice.

CONTRE : La décision implicite du Premier ministre, née le 18 janvier 2020, refusant d'abroger les alinéas 16 et 59 de l'article R. 40-26 du code de procédure pénale, confirmée par un courrier du 13 février 2020 de la garde des sceaux.

L'exposante défère la décision attaquée à la censure du Conseil d'Etat et en requière l'annulation en tous les chefs lui faisant griefs, par les moyens de droit et de fait suivants.

FAITS

1. Le 12 novembre 2019, l'association « La Quadrature du Net » (LQDN), exposante, a adressé au Premier ministre, au ministre de l'intérieur ainsi qu'au ministre de la justice, garde des sceaux, une demande d'abrogation des alinéas 16 et 59 de l'article R. 40-26 du code de procédure pénale, qui décrit le fichier de traitement des antécédents judiciaire, (ci-après « TAJ ») (cf. Pièce n° 1).

2. Cette demande a été réceptionnée le 15 novembre 2019 par le ministère de l'intérieur et le 18 novembre 2019 par les services du Premier ministre (cf. Pièce n° 2).

3. Le 6 décembre 2019, LQDN a reçu un courrier de Mme Audrey Graffault, cheffe adjointe de cabinet du ministre de l'intérieur, dans lequel il était indiqué que la demande d'abrogation adressée au ministre de l'intérieur avait été transmise au directeur des libertés publiques et des affaires juridiques « aux fins d'un examen approprié » (cf. Pièce n° 3).

4. Le 26 décembre 2019, LQDN a reçu un courrier de M. Édouard Crépey, directeur, adjoint au secrétaire général du Gouvernement, dans lequel il était indiqué que la demande d'abrogation adressée au Premier ministre avait « été transmise au ministre de l'Intérieur afin qu'il y réponde directement » (cf. Pièce n° 4). Le Premier ministre n'a toutefois jamais fait droit à la demande d'abrogation de l'exposante, laissant naître une décision implicite de refus.

5. Cette décision a été confirmée le 13 février 2020, par un courrier de Mme Nicole Belloubet, alors ministre de la justice, garde des sceaux, daté du 12 février précédent, dans lequel elle indiquait le refus du Gouvernement d'abroger les dispositions attaquées. Il y était notamment énoncé que : « (...) au regard des garanties présentées par le régime d'accès aux données du TAJ, la légalité du recours à la reconnaissance faciale ne peut être remise en cause » (cf. Pièce n° 5).

6. C'est la décision attaquée.

DISCUSSION

Sur l'intérêt à agir de LQDN

7. LQDN promeut et défend les libertés fondamentales dans l'environnement numérique. Elle lutte contre la surveillance généralisée, que celle-ci vienne des États ou des acteurs privés, et contre le fichage généralisé.

8. Elle a notamment pour objet, aux termes de l'article 3 de ses statuts, « *la promotion et la défense du droit à l'intimité, à la vie privée, à la protection de la confidentialité des communications et du secret des correspondances et à la protection des données à caractère personnel* », « *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* ».

9. LQDN a notamment engagé plusieurs actions contentieuses afin de défendre les droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel devant le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et les autres juridictions administratives, tel que récemment contre des dispositifs de reconnaissance faciale dans des lycées à Nice et à Marseille (*cf.* TA Marseille, 27 février 2020, n° 1901249). La Quadrature du Net est aussi partie dans des affaires pendantes devant la Cour de justice de l'Union européenne à propos de la loi renseignement française (aff. C-511/18 et C-512/18).

10. La décision attaquée concernant la reconnaissance faciale, l'intérêt à agir de l'association La Quadrature du Net est en l'espèce certain.

Sur l'illégalité interne de la décision attaquée

En ce qui concerne l'alinéa 16 de l'article R. 40-26 du code de procédure pénale

11. **En premier lieu**, l'alinéa 16 de l'article R. 40-26 du code de procédure pénale méconnaît tant l'article 10 de la directive n° 2016/680 que l'article 88 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (ci-après, « la loi informatique et libertés »).

12. **En droit**, dans le cadre de la prévention, de la détection, d'enquêtes et de poursuite en matière pénale, l'article 10 de la directive 2016/680 prévoit que « *le traitement (...) des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique (...) est autorisé uniquement en cas de nécessité absolue, sous réserve de garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée* ».

13. Cette disposition a été transposée à l'article 88 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. Cet article prévoit que le traitement de données dites « sensibles », telles que visées à l'article 6 de cette loi et comprenant les données biométriques, « est possible uniquement en cas de nécessité absolue, sous réserve de garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée ».

14. Loin d'être une simple formule de style, l'exigence de « **nécessité absolue** » est une innovation active du législateur. Jusqu'en 2018, les données biométriques n'étaient protégées que par des garanties formelles : un décret en Conseil d'État à l'article 27 de la loi de 1978 ou une autorisation de la CNIL à son article 25, selon que le traitement était réalisé ou non pour le compte de l'État. Il a fallu attendre la transposition de la directive 2016/680 pour que les données biométriques soient enfin protégées par des garanties substantielles.

15. Proposée en 2012 par la Commission européenne, la version initiale¹ de cette directive ne protégeait pas spécifiquement les données biométriques : il s'agissait de simples données personnelles et il suffisait que leur traitement soit « nécessaire » à la finalité poursuivie (article 4 de la directive). C'est la commission « Libertés civiles » du Parlement européen

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012PC0010>

qui, dans son rapport du 22 novembre 2013², a proposé d'ajouter que le traitement de données biométriques soit « strictement nécessaire » (article 8). Cet ajout a été confirmé par Parlement européen, pris dans son ensemble, le 12 mars 2014³. Dans sa position du 8 avril 2016⁴, le Conseil de l'Union a parachevé cette évolution en exigeant une « nécessité absolue ».

16. Pour être bien comprise, cette évolution doit être replacée dans son contexte historique : en juin 2013, cinq mois avant le rapport de la commission « Libertés Civiles », M. Edward Snowden révélait l'ampleur des mesures de surveillances déployés par les États-Unis. C'est contre ce modèle que le Parlement et les gouvernements européens ont commencé à construire ce qui deviendra le « modèle européen » de protection des données personnelles.

17. Le résultat de cette évolution a été décrit par le groupe de l'article 29 (ci-après « G29 ») qui, réunit l'ensemble des autorités européennes de protection des données et a adopté le 29 novembre 2017 un « avis sur certaines questions clés de la directive (UE) 2016/680 (directive dite « police-justice ») » (WP258)⁵. Il exige « *de prévoir des motifs précis et particulièrement solides* » pour justifier les traitements de données biométriques ou d'autres données sensibles, afin notamment « *d'évaluer et de démontrer si la finalité du traitement (par ex. une enquête pénale) ne peut être atteinte dans le cadre d'un traitement qui affecte moins les droits et les libertés de la personne concernée* ». Autrement dit, pour satisfaire le critère de « nécessité absolue », il ne doit exister absolument aucun traitement de données qui, ne traitant aucune donnée biométrique, permettrait de poursuivre la même finalité.

18. Dès lors, si le Conseil d'État a pu considérer dans sa décision n° 360759 du 11 avril 2014 que l'utilisation de données biométriques dans le TAJ pouvait être considérée comme « adéquate, pertinente et non excessive », il ne l'a fait qu'au regard de normes radicalement différentes de celles depuis adoptée par le législateur – normes qui, exigeant désormais une « nécessité absolue », ne pourront le conduire qu'à une conclusion diamétralement opposée.

² <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0403+0+DOC+XML+V0//FR>

³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014AP0219>

⁴ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016AG0005\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016AG0005(01))

⁵ https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=610178

19. **En l'espèce**, l'alinéa 16 de l'article R. 40-26 du code de procédure pénale, tel que créé par le décret n° 2012-652 du 4 mai 2012, autorise la police nationale et la gendarmerie à recourir à des dispositifs de reconnaissance faciale pour identifier des personnes « mises en cause » en matière pénale. D'après l'avis rendu par la CNIL dans sa délibération n° 2011-204 du 7 juillet 2011, cette disposition leur permet notamment de « *comparer à la base des photographies signalétiques du traitement, les images du visage de personnes impliquées dans la commission d'infractions captées via des dispositifs de vidéoprotection* ».

20. Il ne fait pas débat que ces traitements sont des traitements de données biométriques réalisés en matière pénale. D'après un rapport du 17 octobre 2018 de l'Assemblée nationale⁶, « *le TAJ comprend entre 7 et 8 millions de photos de face* » (cf. Pièce n° 6, p. 64).

21. Or, aucune « nécessité absolue » n'est susceptible, au cas présent, de venir légalement justifier de telles mesures. Au contraire, dans son courrier daté du 12 février 2020, la ministre de la justice, garde des sceaux, indique que « *le dispositif de reconnaissance faciale constitue une aide technique au rapprochement opéré par l'enquêteur à partir d'éléments d'information obtenus au cours des investigations menées* » (cf. Pièce n° 5, p. 1). Le rôle de simple « aide technique » s'oppose par essence au critère de « nécessité absolue ». En d'autres termes, la reconnaissance de la seule « utilité » du dispositif démontre l'absence de « nécessité » et, *a fortiori*, l'absence de toute « nécessité absolue » exigée pour légalement justifier un tel dispositif.

22. Par ailleurs, à supposer, pour les seuls besoins du raisonnement, que la nécessité absolue serait démontrée – *quod non* –, il n'existe aucune « *garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée* » venant encadrer cette atteinte substantielle. Les dispositions citées par la garde des sceaux dans son courrier du 12 février 2020, présentes aux articles 230-6 et suivants du code de procédure pénale, concernent de manière générale tout traitement de données à caractère personnel fait sur la base du fichier en cause et sont ainsi largement insuffisantes pour constituer des garanties appropriées et spécifiques à la reconnaissance faciale, à même d'assurer que toute atteinte portée aux libertés fondamentales soient limitées à ce qui serait absolument nécessaire.

23. Il en résulte que l'alinéa 16 de l'article R. 40-26 du code de procédure pénale viole tant l'article 10 de la directive n° 2016/680 que l'article 88 de la loi informatique et libertés.

⁶ http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/fichiers_disposition_forces_securite_rap-info

24. A cet égard, déjà, la censure est acquise.

En ce qui concerne l'alinéa 59 de l'article R. 40-26 du code de procédure pénale

25. **En premier lieu**, l'alinéa 59 de l'article R. 40-26 du code de procédure pénale méconnaît l'article 9, 2, g, du règlement n° 2016/679.

26. **En droit**, en dehors de la prévention et de la répression pénale, c'est le règlement n° 2016/679, dit « *règlement général sur la protection des données* » (ci-après « RGPD »), qui s'applique.

27. Son article 9 interdit le traitement des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique. Seules certaines exceptions sont autorisées, notamment le traitement de données biométriques réalisé pour des « *motifs d'intérêt public important* », 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* ».

28. **En l'espèce**, l'alinéa 59 de l'article R. 40-26 du code de procédure pénale, tel que créé par le décret n° 2012-652 du 4 mai 2012, autorise la police nationale et la gendarmerie à recourir à des dispositifs de reconnaissance faciale pour identifier les personnes « *faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes de la mort ou d'une disparition* ».

29. Ne s'agissant pas d'un traitement « *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* », c'est ici le RGPD qui s'applique.

30. Or, comme c'est le cas pour l'alinéa 16 de l'article R. 40-26 du code de procédure pénale, ces dispositifs de reconnaissance faciale ne sont encadrés d'aucune des « *mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne*

concernée » à même de faire « *respecter l'essence du droit à la protection des données* ».

31. De la même manière, les dispositions citées par la ministre sont d'ordre général et concernent tout traitement de données à caractère personnel effectué à partir du fichier concerné. Il n'existe aucune garantie spécifique concernant les dispositifs de reconnaissance faciale.

32. Il en résulte que l'alinéa 59 de l'article R. 40-26 du code de procédure pénale ne respecte pas l'article 9, 2, g, du règlement n° 2016/679.

Sur l'illégalité externe de la décision attaquée

33. **En troisième lieu**, la décision attaquée est irrégulière dès lors qu'elle est insuffisamment motivée.

34. **En droit**, l'article L. 243-2 du code des relations entre le public et l'administration exige que l'administration abroge expressément tout acte réglementaire illégal. Lorsqu'il lui en est fait la demande, elle ne peut la refuser qu'en invoquant des motifs de fait et de droit le justifiant suffisamment.

35. **En l'espèce**, et tel qu'il a été démontré *supra*, les alinéas 16 et 59 de l'article R. 40-26 du code de procédure pénale sont manifestement illégaux, en sorte que la ministre de la justice était, de toute évidence, tenue de faire droit à la demande d'abrogation présentée par l'exposante. Pourtant, elle l'a refusé et son refus ne contient pas suffisamment les motifs de fait et de droit la soutenant.

36. En conséquence, la décision attaquée est irrégulière, dès lors qu'elle est insuffisamment motivée.

37. A tous égards, l'annulation s'impose.

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

ANNULER la décision attaquée, avec toutes conséquences de droit ;

ENJOINDRE au Premier ministre d'abroger les alinéas 16 et 59 de l'article R. 40-26 du code de procédure pénale, sous astreinte de 1 024 euros par jour de retard ;

METTRE A 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 août 2020

Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris

BORDEREAU DES PRODUCTIONS

Pièce n° 1 : Courrier de LQDN du 12 novembre 2019 adressé au Premier ministre, au ministère de l'Intérieur et au ministère de la Justice (1 page) ;

Pièce n° 2 : Avis de réception du courrier de LQDN du 12 novembre 2019 par le Premier ministre et le ministère de l'Intérieur (1 page) ;

Pièce n° 3 : Courrier de Mme Audrey Graffault du 6 décembre 2019 (1 page) ;

Pièce n° 4 : Courrier de M. Edouard Crepey du 26 décembre 2019 (1 page) ;

Pièce n° 5 : Courrier de Mme Nicole Belloubet du 12 février 2020 (2 pages) ;

Pièce n° 6 : Rapport d'information du 17 octobre 2018 « sur les fichiers mis à la disposition des forces de sécurité » ;

Pièce n° 7 : Statuts de LQDN ;

Pièce n° 8 : Décision du collègue solidaire du 31 juillet 2020 ;

Pièce n° 9 : Pouvoir spécial ;

Pièce n° 10 : Article R. 40-26 du code de procédure pénale.