



Le 2 Mars 2018, à Bruxelles,

*A l'attention de Madame Sophie Joissains, rapporteure de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi relatif à la protection des données personnelles.*¹

Madame la Senatrice,

European Digital Rights et Access Now vous remercie de nous avoir donné l'opportunité de partager nos commentaires sur le projet de loi relatif à la protection des données personnelles (P JL protection des données personnelles).

European Digital Rights (EDRi) est une association représentant 35 organisations européennes et internationales de protection des droits de l'homme et des libertés. EDRi défends les droits et libertés dans l'ère numérique. Access Now est une organisation internationale dont la mission est de défendre et accroître les libertés numériques des utilisateurs en situation de risque à travers le monde.

Nos organisations ont participé au processus de réforme de la législation européenne en matière de protection des données personnelles qui a donné lieu à l'adoption du Règlement EU/2016/679 (RGPD) et de la Directive EU/2016/680. Le P JL protection des données personnelle vise principalement à adapter la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à ces normes de droit de l'Union européenne.

A trois mois de l'entrée en application du RGPD et de la Directive, il est important d'assurer que la France, longtemps pionnière sur la question de la protection des données personnelles, adopte une réforme à la fois ambitieuse et conforme au droit de l'Union. La France a été l'un des premiers États européens à se doter d'une loi de protection des données à caractère personnel en 1978 et a joué un rôle crucial dans les négociations de la réforme européenne au sein du Conseil de l'UE afin de renforcer les droits des utilisateurs. Enfin, la France dispose d'une autorité de protection des données indépendante dont la compétence et l'expertise ont été démontrés à maintes reprises.

Le projet de loi présenté Madame la garde des sceaux est une première étape dans l'adoption d'une réforme ambitieuse bien que certains points mériteraient plus amples réflexions. Nous souhaiterions commenter en particulier sur quatre points du projet pouvant être améliorés:

¹ Ces commentaires ont également été présentée lors d'une audition organisée le 16 Janvier 2018 par Madame Paula Forteza, députée et rapporteure pour la commission des Lois de l'Assemblée nationale du projet de loi d'adaptation au droit de l'Union européenne de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

1. Pouvoir et ressources de la CNIL (Articles 1-6),
2. Protection des données dite sensibles (Article 7),
3. L'utilisation d'algorithmes et la question du traitement automatisé (Article 14), et
4. Les voies de recours (Articles 16 et 17).

Pouvoir et ressources de la CNIL (Articles 1-6)

Nous considérons positif l'ajout des nouvelles missions de la CNIL au sein de la loi correspondant aux pouvoirs attribués sous le RGPD. Il sera important d'assurer que la CNIL dispose de l'indépendance nécessaires et de ressources financières suffisantes à l'exécution de ces tâches.

Nous souhaitons attirer votre attention sur la question des certifications abordées notamment à l'Article 6 et supervisée par la CNIL. Conformément à l'Article 46 du RGPD, ces mécanismes peuvent maintenant être utilisées pour le transfert de données vers un pays tiers sans que la CNIL ne doivent autoriser les transferts spécifiques une fois que la certification ait été attribué. Cette nouvelle disposition requiert donc que l'attribution de ces mécanismes, à un produit, à un service ou à un organisme, fasse l'objet d'un contrôle bien plus accru qu'aujourd'hui afin d'assurer un niveau satisfaisant de protection des données personnelles, en particulier lorsque celles-ci seront transférées via certification vers un état tiers ne faisant pas l'objet d'une décision d'adéquation. Le même constat s'applique aux codes de conduites.

Protection des données dite sensibles (Article 7)

Concernant la question des données dite sensibles, nous notons que la mesure propose au point 8 de l'Article 7 visant à autoriser le traitement des données de santé dans "l'intérêt public" sans le consentement de la personne concernée n'est pas conforme à l'Article 9 du RGPD. En effet, le point (i) de l'Article 9 du RGPD prévoit les conditions du traitement de données sensibles sans consentement pour des raisons "de santé publique" en offrant des exemples concrets de finalités et requérant l'existence de "garanties spécifiques et adaptées". Les dispositions de l'Article 7 point 8 ne remplissent pas en l'état ces critères malgré une référence explicite au Chapitre IX.

Il s'agirait d'abord d'ajouter une référence explicite au sein du point 8 de la ou les finalité(s) précise(s) pour laquelle les données peuvent être utilisées. Ensuite, le RGPD ne définit pas le concept de "données de santé ou concernant la santé" en son Article 4. Il s'agirait donc de préciser le champ d'application de ce point en se référant au langage du règlement (données génétiques, biométriques, etc). Enfin, les règles complémentaires du chapitre IX doivent être robustes. Nous notons dans le projet de loi le rôle de la CNIL dans le régime de décision sur l'utilisation des données sensibles qui est, à notre sens, positif. Nous faisons écho à l'avis du Conseil d'Etat sur ce point qui rappelle que le gouvernement "devra veiller à ce que la CNIL dispose des moyens de prendre effectivement position au regard de l'importance et nombre de ces traitements".²

² Avis du Conseil d'Etat, Avis sur un projet de loi d'adaptation au droit de l'Union européenne de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés
<http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/projets/pl0490-ace.pdf>

L'utilisation d'algorithmes et la question du traitement automatisé (Article 14)

Concernant l'utilisation d'algorithmes, le projet de loi, en son Article 14, propose une mesure qui selon l'exposé de motif, "tire parti de la marge de manoeuvre prévue dans le règlement pour ouvrir plus largement la possibilité pour l'administration de recourir à des décisions automatisées".³

Il convient tout d'abord de rappeler que ces dispositions sont prévues au Chapitre du RGPD portant sur les droit de la personne concernée et ont donc pour objectif premier de protéger la personne et pas nécessairement de favoriser l'utilisation d'algorithmes. Il est également important de rappeler l'application des dispositions de l'Article 21 du RGPD relative au droit d'opposition de la personne concernée en cas d'utilisation de technique de profilage continue de s'appliquer. Enfin, nous souhaitons attirer votre attention sur les considérants 63 et 71 relatif à un droit d'explication et un droit d'information sur la logique qui sous-tend un traitement automatisé. Bien que la loi pour une République Numérique du 7 Octobre 2016 reprenne une partie de ces dispositions, il est encore difficile de concevoir comment la personne concernée pourra faire valoir ces droits.⁴ Il sera important d'assurer l'application de ces dispositions, en ligne avec les recommandations du Groupe de Travail Article 29, ainsi qu'une coordination avec l'équipe actuellement chargée d'élaborer et de mettre en place une Stratégie sur l'Intelligence Artificielle.⁵ Le système de protection européen de protection des données et cette réforme au niveau nationale doivent en effet être la fondation de cette stratégie sur l'IA.

Les voies de recours (Articles 16 et 17)

Concernant l'Article 16 portant sur les voies de recours, nous soutenons la propositions de l'ajout "Article 43 quater" qui applique l'Article 80.1 du RGPD ainsi que l'Article 17 qui incorpore la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne dans le cas *Schrems*.⁶

Nous souhaiterions cependant ajouter un cinquième point à l'Article 43 afin d'adapter l'Article 80.2 du RGPD qui permet aux Etats d'autoriser les ONGs à un introduire une réclamation ou un recours juridique de leur propre chef, c'est à dire, sans avoir à être mandaté par un citoyen;

"Une association ou une organisation peut, indépendamment de tout mandat confié par une personne concernée, introduire une réclamation auprès de l'autorité de contrôle qui est compétente en vertu de l'article 77, et d'exercer les droits visés aux articles 78 et 79 du règlement

³ Exposé de motif, Projet de loi relatif à la protection des données personnelles

<http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/projets/pl0490.pdf>

⁴ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/10/7/ECFI1524250L/jo>

⁵ Mission Villani sur l'Intelligence Artificielle

<http://www.villani2017.eu/blog/mission-villani-sur-l-intelligence-artificielle>

⁶ CJEU, Jugement de la Cour, Cas C-362/14, Schrems

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd4906679f73374280b5d1d65190ba1692.e34KaxiLc3gMb40Rch0SaxyNb3j0?text=&docid=169195&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1006766>

s'il considère que les droits d'une personne concernée prévus dans le règlement EU/2016/679 ont été violés du fait du traitement."

L'EuroBaromètre de 2015 indiquait que seulement 37% des répondants connaissent l'existence des autorités chargées de la protection des données et que la plupart d'entre eux ne savaient pas comment demander de l'aide et des réparations en cas d'abus dans le traitement de leur données personnelles.⁷ L'extension des voies de recours en cas de violation de la protection des données pourrait ainsi permettre aux ONGs de représenter indirectement les utilisateurs afin de faire valoir leurs droits. Les cas présentés par des ONG renforcent les plaintes individuelles et pourront compléter les enquêtes d'office sur les autorités de protection des données personnelles.

Remarques finales

EDRi et Access Now vous remercient pour cette opportunité de nous exprimer sur le projet de loi. Dans le cadre de notre participation dans plusieurs pays européens au processus d'adaptation du règlement sur la protection des données personnelles, nous avons pu constater que des États comme l'Allemagne, considérée comme la terre de la vie privée et des données personnelles, a choisi d'user et d'abuser de toutes les flexibilités prévues par le RGPD pour limiter son application, créant un risque de lacunes dans la protection des utilisateurs, de fragmentation du niveau de protection au sein de l'Union européenne, et allant même jusqu'à proposer des mesures contraires au règlement. Bien que le pire ait été évité en Allemagne, nous espérons que la France se conformera non seulement à son obligation de mettre en œuvre correctement cette législation européenne, mais qu'elle aura, elle, saisi l'opportunité de retrouver son statut de pionnière en matière de protection des données à caractère personnel en renforçant le projet de loi actuel.

Finalement, bien que nos commentaires soient exclusivement en relation avec l'adaptation du RGPD, la mise en conformité du droit français avec la Directive EU/2016/680 est tout aussi importante et nous souhaitons sur cette question soutenir les propositions présentées par La Quadrature du Net et les Exégètes Amateurs.

Nous restons à votre disposition pour tout commentaire complémentaire sur le projet de loi relatif à la protection des données personnelles.

Je vous prie d'agréer, Madame la Sénatrice, l'expression de ma considération la plus distinguée.

Estelle Massé,
représentant l'EDRi et Access Now.

⁷ European Commission, Special Eurobarometer on Data Protection
http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_431_en.pdf