
Décision du Défenseur des droits n°2021-055

La Défenseure des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu les articles 7 et 8 de Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ;

Vu l'article 16 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne ;

Vu la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil 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, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil ;

Vu les articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code de procédure pénale ;

Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;

Vu le décret n° 2020-767 du 23 juin 2020 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « dossier pénal numérique » ;

Vu la délibération de la CNIL n° 2020-036 du 12 mars 2020 portant avis sur un projet de décret portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « dossier pénal numérique » (demande d'avis n° 19020069) ;

Saisie par l'association X. d'une réclamation relative au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « dossier pénal numérique » créé par le décret n° 2020-767 du 23 juin 2020, qu'elle estime engendrer des risques de pratiques discriminatoires ;

Compétente en vertu de l'article 5 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 pour intervenir en cas de problème dans le fonctionnement d'une administration publique et en cas de discrimination ;

Décide de présenter les **observations suivantes** devant le Conseil d'Etat, ainsi que l'y autorise l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

Claire HÉDON

Observations devant le Conseil d'Etat

I. Faits et procédure

1. L'attention de la Défenseure des droits a été appelée par l'association X. sur le décret n° 2020-767 du 23 juin 2020 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « *dossier pénal numérique* ».
2. La création de ce traitement s'inscrit dans une logique de dématérialisation de la procédure pénale, dans la continuité du traitement « *numérisation des procédures pénales* » en vigueur depuis 2008.
3. Il a pour objet de permettre à la fois la numérisation de procédures pénales existant en format papier et l'exploitation entièrement numérique des dossiers.
4. Si la dématérialisation de la procédure pénale apparaît comme une étape nécessaire à l'évolution de la justice pénale, les conditions dans lesquelles elle est organisée par le décret du 23 juin 2020 ne permettent pas de garantir une protection suffisante du droit au respect de la vie privée et familiale ni des droits de la défense.
5. Les données traitées dans le cadre des procédures pénales doivent faire l'objet d'une protection renforcée à plusieurs titres : ces procédures sont elles-mêmes couvertes par le secret de l'enquête et de l'instruction ; elles donnent à connaître de données dont la diffusion serait fortement attentatoire à la vie privée et à la présomption d'innocence ; elles sont enfin susceptibles de contenir des données spécifiquement protégées en raison des risques de discrimination qu'elles comportent.
6. Cette protection se traduit par l'application d'un cadre juridique spécifique, applicable aux traitements de données à caractère personnel 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, prévu aux articles 87 et suivants (titre III) de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, et transposant la directive 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016¹.
7. Les dispositions du code de procédure pénale relatives à la protection du secret de l'enquête et de l'instruction et aux conditions de communication de certaines données à des tiers à la procédure sont en outre applicables.
8. Par une requête du 6 juillet 2020 l'association X a saisi le Conseil d'Etat d'une requête tendant à l'annulation du décret du 23 juin 2020, en critiquant notamment les modalités de collecte et d'exploitation des données relatives à l'orientation sexuelle des individus.
9. Elle a saisi en parallèle le Défenseur des droits d'une réclamation.
10. En vertu de l'article 5 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits peut être saisi par toute personne qui s'estime lésée dans ses droits par le fonctionnement d'une administration publique, et par toute personne qui s'estime victime d'une discrimination. En vertu de l'article 33 de cette même loi organique, le Défenseur des droits

¹ Directive 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, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil.

peut demander à présenter des observations écrites devant les juridictions administratives, dans les domaines relevant de sa compétence.

11. Le 18 décembre 2020, en application des dispositions précitées, la Défenseure des droits a informé le Conseil d'État de son intention de déposer des observations dans le cadre du recours formé par l'association réclamante et a sollicité communication des pièces versées aux débats.

II. Discussion

1. *L'encadrement insuffisant de la collecte, de la conservation et de l'exploitation des données sensibles*

12. L'article 6 de la loi de 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés prévoit un encadrement spécifique pour certaines données, dites sensibles :

« I.- Il est interdit de traiter des données à caractère personnel qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique ou de traiter des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique.[...] »

13. En matière pénale, le traitement automatisé de ces données est permis sous certaines conditions, l'article 88 de la loi de 1978 prévoyant que

« Le traitement de données mentionnées au I de l'article 6 est possible uniquement en cas de nécessité absolue, sous réserve de garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée, et soit s'il est autorisé par une disposition législative ou réglementaire, soit s'il vise à protéger les intérêts vitaux d'une personne physique, soit s'il porte sur des données manifestement rendues publiques par la personne concernée. »

14. Les données ainsi protégées sont des données particulièrement intimes, ayant trait à des domaines tels que la sexualité et la santé, et/ou emportant un risque de pratiques discriminatoires. Sur ce dernier aspect, il est à noter que les données protégées – origines, opinions et convictions, données relatives à la santé, à la vie sexuelle et à l'orientation sexuelle – sont de celles sur le fondement desquelles aucune distinction ne peut être opérée, sous peine de discrimination au sens de l'article 225-1 du code pénal.

15. La collecte de données sensibles apparaît inévitable et parfois nécessaire dans le cadre des investigations menées en matière pénale. En effet, la suppression en temps réel de toutes les données sensibles susceptibles d'être recueillies de manière incidente lors des auditions et autres actes d'enquête est difficilement réalisable, ce d'autant moins que certaines de ces données peuvent s'avérer nécessaires ensuite à la bonne compréhension du dossier. La dématérialisation de la procédure pénale suppose dès lors que la collecte de telles données puisse être autorisée, en cas de nécessité absolue.

16. Mais l'exploitation de ces données doit alors obéir à des règles strictes, afin de prévenir tout usage impropre ou abusif.

17. L'article 6 de la Convention modernisée pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel stipule en ce sens que

« 1. Le traitement :

- de données génétiques ;
- de données à caractère personnel concernant des infractions, des procédures et des condamnations pénales et des mesures de sûreté connexes ;
- de données biométriques identifiant un individu de façon unique ;
- de données à caractère personnel pour les informations qu'elles révèlent sur l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, l'appartenance syndicale, les convictions religieuses ou autres convictions, la santé ou la vie sexuelle ;
n'est autorisé qu'à la condition que des garanties appropriées, venant compléter celles de la présente Convention, soient prévues par la loi.

2. Ces garanties doivent être de nature à prévenir les risques que le traitement de données sensibles peut présenter pour les intérêts, droits et libertés fondamentales de la personne concernée, notamment un risque de discrimination. »

18. Il a par exemple été jugé en ce sens par le Conseil d'Etat que la conservation de données sensibles ne pouvait être permise qu'à la condition que le texte encadrant le fichier prohibe toute sélection dans le traitement d'une catégorie particulière de personnes à partir de ces données (CE s.sr, 11 mars 2013, n° 332886).

19. L'article R. 249-11 du code de procédure pénale, créé par le décret du 23 juin 2020, autorise le traitement des données sensibles dans le cadre du dossier pénal numérique.

20. Toutefois, aucun encadrement n'est prévu quant à la collecte et à l'exploitation de ces données, outre qu'elles doivent être strictement nécessaires à la poursuite des finalités du traitement telles que définies à l'article R. 249-9 du code de procédure pénale.

21. Notamment, la question de l'utilisation des données sensibles comme critère de sélection d'une catégorie de personnes n'est pas abordée. Dans ces conditions, l'article R. 249-11 du code de procédure pénale ne prévoit pas un encadrement suffisant du traitement des données sensibles eu égard au risque discriminatoire engendré par la collecte et l'exploitation de telles données. Tel pourrait être le cas notamment des données recueillies lors d'une enquête visant à identifier les victimes de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

2. L'insuffisante garantie du droit au respect de la vie privée et familiale eu égard au périmètre des personnes destinataires des informations enregistrées dans le traitement

22. La protection des données à caractère personnel est reconnue comme un droit fondamental à part entière consacré à l'article 16 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, cette dernière énonçant :

« 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.

2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.

3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante. »

23. Le droit au respect de la vie privée et familiale est une composante fondamentale du régime de la protection des données personnelles. Affirmé notamment aux articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, il suppose que la collecte et la conservation des données personnelles soient strictement encadrées et contrôlées afin d'éviter tout détournement ou usage impropre ou abusif.

24. La Cour européenne des droits de l'homme affirme ainsi que

« Le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8 » (CEDH S. et Marper c. Royaume-Uni, 4 décembre 2008, §67).

25. Il résulte de l'exigence de protection de la vie privée et familiale qu'à chaque étape, les données collectées dans un fichier doivent être protégées : les conditions de leur collecte sont encadrées, les personnes y ayant accès ainsi que celles susceptibles d'en être destinataires définies de manière limitative, leur conservation doit être proportionnée par rapport à la finalité de la collecte et sécurisée, les délais de conservation doivent enfin être limités.

26. Si certains éléments relatifs aux finalités du dossier pénal numérique et à la définition des personnes dont les données sont susceptibles d'être recueillies et celles pouvant accéder ou être destinataires des informations contenues dans le dossier ont été précisés par le pouvoir réglementaire à la suite de l'avis rendu par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) le 12 mars 2020, il apparaît que sur d'autres points, le décret ne présente toujours pas de garanties suffisantes à assurer le respect de la vie privée et familiale.

27. La définition des personnes susceptibles d'être destinataires des informations contenues dans le dossier pénal numérique est ainsi encore trop imprécise.

28. L'article 4 de la loi de 1978 pose diverses exigences relatives à l'encadrement de la collecte et de la conservation des données personnelles. Il dispose notamment que

« Les données à caractère personnel doivent être : [...] 6° Traitées de façon à garantir une sécurité appropriée des données à caractère personnel, y compris la protection contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction ou les dégâts d'origine accidentelle, ou l'accès par des personnes non autorisées, à l'aide de mesures techniques ou organisationnelles appropriées. »

29. Afin que les données soient conservées et exploitées de manière sécurisée, il est donc nécessaire de déterminer avec précision les personnes susceptibles de se voir communiquer lesdites données.

30. Or, l'article R. 249-13 II du code de procédure pénale, créé par le décret du 23 juin 2020, prévoit notamment que peuvent avoir accès aux informations du dossier pénal numérique les personnes concourant à la procédure, ainsi que « toute administration, établissement, autorité, ou personne publique ou privée, autorisé en vertu de dispositions législative ou réglementaire spécifiques, à se voir communiquer tout ou partie d'un dossier pénal ou d'une décision ».

31. Le périmètre des personnes susceptibles de se voir communiquer des données contenues dans le dossier pénal numérique est ce faisant trop incertain : la liste établie par le décret n'est pas limitative, et la seule référence aux « dispositions législative ou réglementaire spécifiques » ne permet pas de s'assurer que la communication d'éléments du dossier pénal numérique à des tiers aurait pour objet les finalités assignées à ce fichier.

32. Si la CNIL a précisé dans son avis que les personnes autorisées à se voir communiquer tout ou partie d'un dossier pénal étaient celles visées aux articles 11-1 et A1 du code de procédure pénale, les termes mêmes du décret ne permettent aucunement de conclure à une

telle limitation, de sorte que le périmètre des personnes susceptibles d'être destinataires d'éléments de procédures pénales reste insuffisamment circonscrit.

33. L'absence de restriction expresse à la transmission d'informations aux seules données du dossier pénal numérique strictement en lien avec l'objet de la transmission, pourtant imposée par le principe de limitation de l'exploitation des données aux seules finalités énoncées du traitement, pose en outre problème. Les modalités d'accès au dossier pénal numérique et d'extraction des données qu'il contient sont encore à définir, et il apparaît nécessaire d'imposer de manière non-équivoque un mode de consultation et de communication qui permette de limiter au strict nécessaire les transmissions d'informations, afin d'éviter que des données, notamment des données sensibles, ne soient transmises à des tiers sans que cela ne soit nécessaire eu égard au motif de la transmission.

34. L'article R. 249-13 II du code de procédure pénale créé par le décret litigieux ne permet donc pas, dans sa rédaction actuelle, de garantir le droit au respect de la vie privée des personnes dont les données sont collectées dans le dossier pénal numérique.

3. L'insuffisante garantie du droit à un procès équitable et du respect des droits de la défense eu égard aux modalités de consultation des informations du traitement par les avocats

35. Le dossier pénal numérique est destiné à devenir un outil central des procédures pénales, en constituant le point d'accès à l'ensemble des éléments de l'enquête et de l'instruction ainsi que des actes relatifs à la procédure de jugement. La question de la consultation du dossier pénal numérique par les parties et leurs avocats constitue donc un enjeu essentiel de la mise en place de ce traitement, qui devra garantir à la fois l'accès à l'ensemble des éléments nécessaires à la défense et la confidentialité des opérations de consultation effectuées.

36. L'accès au dossier de la procédure est garanti tant au titre du droit à un procès équitable dont le principe du contradictoire est une composante essentielle, qu'au titre des droits de la défense, une personne accusée en matière pénale devant pouvoir connaître l'ensemble des éléments sur lesquels se fonde l'accusation et être à même de les contester.

37. Il doit dès lors se déduire de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit à un procès équitable que toute partie au procès pénal, la personne poursuivie tout particulièrement, ou son conseil, doit avoir accès à l'intégralité du dossier de la procédure et être en mesure de préparer librement sa défense.

38. Les modalités techniques de consultation du dossier pénal numérique et de communication des informations qu'il contient sont encore incertaines, dès lors qu'elles dépendent de la mise en place d'un nouvel outil d'exploitation au sein des juridictions. C'est par ce nouvel outil d'exploitation que l'ensemble des personnes relevant de l'administration de la justice auront accès au dossier pénal numérique.

39. Toutefois les avocats et les parties, en tant qu'acteurs du procès pénal extérieurs à l'administration de la justice, n'auront pas accès au dossier pénal numérique via le nouvel outil d'exploitation. Les modalités d'accès au dossier et de communication des informations sont donc plus incertaines encore à l'endroit des parties au procès et de leurs avocats.

40. L'article R. 249-13 du code de procédure pénale, issu du décret du 23 juin 2020, prévoit que les avocats puissent avoir le statut d'accédant au dossier pénal numérique, « *pour les seuls besoins des procédures dont ils ont la charge et à l'unique fin de consultation desdites*

procédures », et qu'ils puissent, ainsi que les parties, être destinataires des informations enregistrées dans le traitement.

41. La possibilité est donc ouverte pour les avocats de consulter directement le dossier pénal numérique et non simplement d'être destinataires des informations qu'il contient.

42. Or, les modalités concrètes d'accès au dossier pénal numérique par les avocats ne sont pas abordées dans le décret ni dans les travaux préparatoires que le Défenseur des droits a pu consulter.

43. L'accès au dossier pénal numérique par les avocats se fera donc dans des conditions inconnues, ce qui ne permet pas de garantir, en l'état actuel, d'une part, la sécurisation suffisante du traitement, d'autre part, l'exercice effectif par les avocats de leur droit d'accès au fichier.

44. Enfin, l'article R. 249-16 du code de procédure pénale créé par le décret du 23 juin 2020 prévoit que « *les opérations de collecte, de modification, de consultation, de communication et d'effacement des données à caractère personnel et informations font l'objet d'un enregistrement comprenant l'identification de l'utilisateur, la date, l'heure et la nature de l'intervention dans ce traitement. Ces informations sont conservées pendant un délai de six ans.* »

45. En l'absence de précision sur les modalités d'accès au dossier pénal numérique par les avocats (accès permettant l'enregistrement des documents sur un support extérieur ou nécessité de se connecter au traitement à chaque consultation du dossier, accès document par document ou au dossier de la procédure dans son ensemble, etc.), l'enregistrement des opérations de consultation comporte le risque d'identification du nombre de consultations faites par l'avocat, le cas échéant des documents qu'il a consultés et du temps passé sur le dossier ou chacun des documents.

46. La conservation des données de journalisation, qui permettent d'obtenir une certaine traçabilité dans le traitement notamment les accès des utilisateurs incluant leur identifiant, la date et l'heure de leur connexion et de leur déconnexion, est, ainsi que l'a rappelé la CNIL dans son avis, destinée exclusivement à la détection et/ou la prévention d'opérations illégitimes sur les données. Néanmoins, l'absence d'encadrement plus strict des données de journalisation des avocats comporte un risque d'usage impropre ou abusif qui caractériserait alors une atteinte au secret des relations entre l'avocat et son client, et partant une atteinte au droit à un procès équitable et aux droits de la défense.

47. Les modalités d'accès au dossier pénal numérique par les avocats, telles que prévues par le décret du 23 juin 2020, n'apportent donc pas une garantie suffisante au respect du droit à un procès équitable et des droits de la défense.

48. Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation du Conseil d'Etat.

Claire HÉDON