



# 3.<sup>a</sup> CONFERÊNCIA QUADRILATERAL

LISBOA - PORTUGAL  
10 A 12 DE OUTUBRO DE 2019

PORTUGAL · ESPANHA · FRANÇA · ITÁLIA

Textos das Intervenções das Delegações

*A Justiça constitucional  
face aos desenvolvimentos tecnológicos*

## [sessões de trabalho]

**9h30** **DISCURSOS DE ABERTURA** | Palavras de boas-vindas e introdução ao tema da conferência pelo Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal, Manuel da Costa Andrade. Palavras de resposta dos Presidentes do Tribunal Constitucional de Espanha, do Conselho Constitucional de França e do Tribunal Constitucional de Itália.

### **10h15** SESSÃO 1 EXPERIENCIA DOUTRINAL

Parte 1

**Andrés Ollero Tassara** | **Tribunal Constitucional de Espanha**

*Doctrina Constitucional sobre genética, individuo y familia*

**Michel Pinault** | **Conselho Constitucional de França**

*La fin de vie*

### **11h00** COFFEE BREAK

**11h20** Parte 2

**Nicolò Zanon** | **Tribunal Constitucional de Itália**

*Privacy e trasparenza in conflitto: il caso della pubblicazione on line dei dati reddituali e patrimoniali dei dirigenti della pubblica amministrazione*

**Mariana Canotilho** | **Tribunal Constitucional de Portugal**

*Direito Público e Sociedade Técnica: desafios para a jurisprudência constitucional do século XXI*

**12h05** DEBATE

### **13h00** ALMOÇO

### **14h30** SESSÃO 2 EXPERIÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

**Juan Antonio Xiol Ríos** | **Tribunal Constitucional de Espanha**

*La protección de datos como garantía frente a los abusos del poder. Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo*

**Corinne Luquiens** | **Conselho Constitucional de França**

*Le conseil constitutionnel et la protection des données personnelles*

**Luca Antonini** | **Tribunal Constitucional de Itália**

*I deboli e vulnerabili nelle nuove frontiere dell'autodeterminazione: un bilanciamento complesso*

**Pedro Machete** | **Tribunal Constitucional de Portugal**

*Apresentação do Acórdão n.º 225/18 - Gestão de substituição*

**15h45** DEBATE

**16h45** FIM DA SESSÃO

**17h00** TROCA DE PRESENTES

### **17h30** ENCERRAMENTO DOS TRABALHOS

# SESSÕES DE TRABALHO

SESSÃO 1  
EXPERIENCIA DOUTRINAL

3ème quadrilatérale des Cours constitutionnelles latines

Lisbonne- 10-12 octobre 2019

« La fin de vie »

Michel Pinault

Membre du Conseil constitutionnel de France

Mesdames, Messieurs les Présidentes et les Présidents, chers collègues et amis,

\* \*

\*

Les êtres vivants ne sont pas immortels. C'est d'ailleurs peut-être ce qui fait la beauté et le sel de la vie. Malgré les progrès de la médecine et l'allongement considérable de l'espérance de vie, nos existences ont une fin et c'est de cette fin ; de la manière dont elle peut, dans nos ordres constitutionnels respectifs, être organisée, encadrée et rendue, si possible digne et plus humaine, dont je vais vous parler.

\* \*

\*

Mes chers collègues, ces manières sont difficiles ; elles mettent en jeu des conceptions philosophiques, religieuses, éthiques, politiques, juridiques et tout simplement humaines qui peuvent varier suivant l'histoire, la culture et les épreuves qu'ont pu traverser nos pays respectifs. Il en résulte qu'il n'y a pas de consensus en Europe sur cette question de la fin de vie.

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pu que constater cette absence de consensus que ce soit en matière de suicide assisté (Koch c/ Allemagne du 19 juillet 2012 n° 497/09), d'arrêt des traitements en fin de vie ( Lambert et autres c/ France 5 juin 2015 n° 46043/14) et plus généralement quant à la façon d'aménager un équilibre entre la protection du droit à la vie du patient et celle du droit au respect de sa vie privée et de son autonomie personnelle (A, B et C c/ Irlande n° 25579/05 CEDH 2010).

\* \*  
\*

En dépit de ces différentes approches, il est possible d'avoir un débat organisé et productif autour, sinon de solutions communes, mais au moins d'analyses fondées sur les mêmes prémices et sur les mêmes questions qui nous sont ou seront soumises.

## I. La question de l'euthanasie et du suicide assisté

C'est la question « mère » qui commande une large part des autres interrogations éthiques et juridiques sur la fin de vie. Elle met en balance le principe de l'autonomie personnelle ou de la liberté d'autodétermination propre à chaque individu, et qui constitue l'essence même de la personne humaine, avec celui de la protection due par la société et par l'Etat aux personnes en situation de grande fragilité.

C'est une question d'une brûlante actualité puisqu'elle a été débattue encore une fois devant la Cour constitutionnelle italienne le 24 septembre dernier dans l'affaire Marco Cappato, politicien membre du Parti Radical, qui s'est lui-même dénoncé pour avoir accompagné en Suisse Fabio Antoniani connu sous le nom de « DJ Fabo » pour y obtenir un suicide assisté. J'y reviendrai dans quelques instants.

L'euthanasie active à la demande du malade, ou de la personne en souffrance, malgré une demande très forte de certains secteurs de l'opinion, est interdite dans les Etats membres du Conseil de l'Europe à l'exception de la Belgique, du Luxembourg et des Pays-Bas où elle est autorisée sous des conditions strictement encadrées (demande réitérée du patient, maladie incurable, consultation d'un second médecin, information approfondie du patient). L'euthanasie active se distingue du suicide assisté en ce qu'elle implique l'intervention d'un tiers qui est chargé d'effectuer l'acte donnant la mort. Dans le suicide assisté c'est le patient lui-même qui se sert des moyens mis à sa disposition pour mettre fin à ses jours.

Le suicide assisté, conçu comme une expression de l'autonomie de la volonté de l'individu est plus largement autorisé, tout en étant, lui aussi, strictement encadré. Il reste cependant interdit en Grande Bretagne, en France, en Italie, en Allemagne (depuis 2015 pour une aide au suicide apportée de manière habituelle à titre professionnel), et au Portugal.

La Cour constitutionnelle dans l'affaire Marco Cappato avait cependant, par son ordonnance avant dire droit de 2018, ouvert la discussion en marquant bien que « l'interdiction absolue de l'aide au suicide finit par limiter la liberté d'autodétermination du patient dans le choix des traitements, y compris, ceux visant à le libérer de la souffrance. »

Nous attendions donc avec grand intérêt de savoir quel équilibre entre ces exigences constitutionnelles contradictoires allait être trouvé par nos collègues italiens.

La Cour a répondu le 25 septembre dernier. Elle a dit pour droit que, dans l'attente d'une loi qu'elle presse à nouveau le législateur de prendre, la sanction prévue par le code pénal italien pour l'aide au suicide devait être désappliquée comme inconstitutionnelle si et seulement si les strictes conditions suivantes sont réunies

- demande de la personne en état de prendre des décisions libres et conscientes
- pathologie irréversible provoquant des souffrances insoutenables
- patient maintenu en vie par des traitements de soutien.

Cette décision constructive, prise à l'unanimité par la Cour, est dans la droite ligne de son ordonnance avant dire droit de 2018. La question a été posée, aussitôt cette position connue, de la clause de conscience des médecins à qui on demande « d'aider » au suicide. Mais l'effacement, sous certaines conditions strictes, de la sanction pénale, ne crée évidemment aucune obligation, me semble-t-il, pour le médecin.

Nos éminents collègues du Palais de la Consulte nous en dirons plus, je pense.

Pour ce qui est de la France, les propositions d'amendement à la loi bioéthique en cours de discussion, qui tendaient à autoriser l'euthanasie et le suicide assisté, n'ont pas été retenues.

\* \*

\*

Les cas de demande de suicide assisté proprement dit sont sans doute potentiellement relativement peu nombreux. Encore que l'exemple des Pays-Bas montre des chiffres assez impressionnants : 6500 euthanasies et suicides assistés en 2017 soit 4% des décès. Mais 90% de ces cas concerneraient des patients souffrant d'une affection terminale. Ce qui, dans les pays qui prohibent ces pratiques, relève d'un autre mode de régulation et de prise en charge, auquel, transition oblige, je viens maintenant.

\* \*

\*

La prise en charge de la fin de vie pose des questions aussi difficiles éthiquement et juridiquement que l'euthanasie et le suicide assisté, mais elle fait en outre intervenir un nombre beaucoup plus important de variables. Alors que l'euthanasie et le suicide assisté ne sont commandés, en dernier ressort, que par la volonté de la seule personne qui demande à mourir, l'organisation de la fin de vie des personnes atteintes d'une affection en phase terminale constitue, pour le législateur, un véritable défi dans la recherche du bon équilibre entre les différentes exigences qu'il faut satisfaire et qui ne sont pas toutes, nous le savons bien ici, d'ordre constitutionnel.

\* \*

\*

Il faut tout d'abord noter que statistiquement ces questions touchent un nombre considérable de personnes. En 2060 en France une personne sur 3 sera âgée de plus de 60 ans. Actuellement un tiers des décès dans mon pays sont précédés de soins palliatifs destinés à accompagner de façon médicalement et humainement acceptable les patients dans leur fin de vie. Autre chiffre redoutable : la maladie d'Alzheimer qui peut rendre ceux qui en sont victimes, incapables d'exercer leur autonomie personnelle où comme le dit la Constitution italienne leur « liberté d'autodétermination », touche 40% des plus de 80 ans.

Et bien sûr les malades en fin de vie ne sont pas seuls en cause. Ces situations de fin de vie, nous en avons tous fait l'expérience, affectent profondément les familles et les exposent à des choix douloureux.

C'est bien là que git un des très sérieux problèmes de nos sociétés avancées.

\* \*

\*

Le résoudre oblige à répondre à plusieurs questions, les mêmes dans tous nos pays, pour définir les conditions dans lesquelles il est possible de ménager aux malades incurables une fin de vie digne et si possible sans souffrance, tout en ne prolongeant pas leur vie de façon artificielle, ce que les techniques médicales modernes permettent souvent de faire.

1ère question : Dans quels cas est-il possible d'arrêter un traitement médical qui serait marqué par ce que le législateur français qualifie « d'obstination déraisonnable » appellation à tous égards préférable à celle plus courante « d'acharnement thérapeutique » ?

Il y a sur ce point un consensus minimum.

1°) Le patient doit être en fin de vie

2°) Le traitement disponible n'a pour effet que de le maintenir artificiellement en vie.

3°) On doit connaître la volonté du patient de mettre fin à ce traitement. Quand cette volonté n'est pas disponible, une procédure offrant des garanties suffisantes doit être mise en œuvre (voir ci-dessous). Il est possible avant l'entrée en fin de vie de rédiger des « directives anticipées » retraçant la volonté du patient. Elles peuvent bien sûr être révoquées à tout moment.

Evidemment ces conditions ne vont pas sans problèmes. Ceux-ci ont tous été examinés lors de l'affaire LAMBERT, bien connue, tant par le Conseil d'Etat (CE. 24 juin 2014 – Assemblée) que par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH n° 46043/ 14 du 5 juin 2015- Grande Chambre). Qu'est-ce qu'une maladie irréversible terminale (en l'occurrence dans le cas de M. Lambert un coma estimé définitif par les experts) ? Qu'est-ce qu'un traitement ? Il a été jugé par le Conseil d'Etat et la CEDH que l'alimentation et l'hydratation artificielles étaient des traitements, qu'il était possible d'interrompre...

2ème question : Elle se pose en termes de représentation de la personne en fin de vie quand celle-ci n'est pas à même, physiquement, psychologiquement ou en raison de son âge, d'exprimer sa volonté. Plusieurs solutions sont concevables.

1°) Le patient peut avoir rédigé des « directives anticipées » (voir ci-dessus)

2°) Il peut avoir, dans le même esprit, désigné une « personne de confiance » qui parlera à sa place

3°) la famille (parents, conjoints, frères ou sœurs etc...) peut dire ce qu'elle souhaite. Pour les mineurs trop jeunes ou inconscients, les parents font part de leur position.

Mais que se passe-t-il lorsque, comme dans l'affaire LAMBERT, les membres de la famille sont en désaccord ? Ceci nous conduit à la troisième question : Qui prend la décision de mettre fin au traitement ? Quelle est la nature de cette décision ? Quelles sont les garanties qui l'entourent ?

3ème question : Qui décide, nature de cette décision, garanties.

En droit français, la loi dite « Claeys – Léonetti » (Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie) devenue l'article L. 1110-5-1 du code de la santé publique, attribue, lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, la décision d'arrêter le traitement au corps médical réuni collégalement et après consultation de la personne de confiance ou, à défaut de la famille. Cette procédure, compte tenu des garanties prévues, a été validée par notre Conseil constitutionnel au regard des principes de sauvegarde de la dignité de la personne et du droit à recours juridictionnel effectif. (décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017 Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de céphalo lésés).

Contrairement à ce qu'on a pu entendre lors de polémiques un peu vives, la décision d'arrêt des soins n'est pas assimilable à une euthanasie. Comme l'a bien dit le rapporteur public devant le Conseil d'Etat le 20 juin 2014 « Le législateur [n'a] pas voulu imposer de franchir le fossé existant entre laisser la mort faire son œuvre, lorsque plus rien ne peut l'empêcher, et celui de l'infliger directement par l'administration d'un produit létal. En interrompant un traitement, le médecin ne tue pas, il se résout à se retirer lorsqu'il n'y a plus rien à faire. »

4ème question : Quelle place pour le juge ?

Mes chers collègues, nous pourrions échanger nos expériences respectives sur ce point. Mais si j'en crois la façon dont se déroulent ce type d'affaire en France, il apparaît bien que l'intervention du législateur, si réfléchi, si attentive, si soigneusement équilibrée soit-elle, trouve rapidement ses limites devant la complexité de chaque cas particulier, la force des convictions, le sentiment d'injustice, la foi dans la toute-puissance de la médecine et l'attrance de l'opinion pour les solutions trop simples comme l'euthanasie.

Le recours au juge est donc presque inévitable. En France c'est la juridiction administrative qui porte l'essentiel du contentieux. L'affaire LAMBERT est un exemple à la vérité exceptionnel par la durée et le nombre de procédures qui se sont développées à tous les niveaux entre 2013 et 2019. Et encore était-ce à chaque fois suivant une procédure de référé ultra-rapide !

Mais n'en doutons pas, ces affaires complexes et humainement très lourdes pour les patients, leurs familles, les médecins ne feront que se multiplier. Et avec elles le recours au juge. Le tout dans un environnement législatif appelé à évoluer sous la pression d'une demande sociale très active. Le sujet reste donc largement ouvert.

Michel PINAULT

25.09.2019



# SESSÕES DE TRABALHO

SESSÃO 2  
EXPERIÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL  
ET LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES

Corinne Luquiens

Membre du Conseil constitutionnel français

Après la présentation faite ce matin par Michel Pinault sur le thème de la fin de vie, je vais, cet après-midi, évoquer la récente jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la question de la protection des données en présentant les grandes lignes de notre décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018 sur la loi relative à la protection des données personnelles.

Nous avons, en effet, été saisis, dans le cadre du contrôle a priori, par plus de soixante sénateurs, de ce texte transposant dans notre droit interne ce qu'il est d'usage d'appeler « le paquet européen de protection des données ». Il s'agit des deux textes adoptés le 27 avril 2016 : un règlement 2016/ 679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des données à caractère personnel (RGDP), directement applicable dans les Etats membres depuis le 25 mai 2018, et une directive 2016/ 680 relative au traitement mis en œuvre à des fins de détection des infractions pénales, d'enquête et de poursuite en la matière ou d'exécution de sanctions pénales qui devait être transposée au plus tard le 6 mai 2018.

Ces deux textes ont pour ambition de tirer les conséquences des nouvelles pratiques numériques et d'harmoniser les normes applicables au niveau européen afin d'assurer une concurrence loyale entre les entreprises européennes, mais aussi, grâce à l'extraterritorialité, de les protéger face à la concurrence d'entreprises étrangères à l'Union. Le périmètre de la législation européenne est en effet étendu aux entreprises qui, sans être établies sur le territoire de l'Union européenne, y collectent et traitent des données relatives à des personnes qui s'y trouvent.

Le choix a été fait, s'agissant de l'utilisation des données personnelles, de passer d'un régime d'autorisation préalable à un régime de responsabilisation des acteurs et, parallèlement, à un élargissement des pouvoirs donnés aux autorités de contrôle.

I. La nature du contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois intégrant la réglementation européenne à notre droit interne

Le recours dont nous avons été saisi soulevait d'abord un problème que j'évoquerai rapidement concernant la nature du contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel sur les lois qui intègrent la réglementation européenne à notre droit interne.

S'agissant des directives, notre jurisprudence est maintenant solidement établie. Lorsque la loi nationale se borne à transposer les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, le Conseil ne s'estime pas compétent pour juger de leur conformité à la Constitution, puisque cela reviendrait à se prononcer sur la directive elle-même, sous la réserve cependant qu'aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ne soit mis en cause.

Nous n'exerçons donc, en la matière, qu'un contrôle restreint, de même que nous ne sanctionnons la loi, en application de l'article 88-1 de la Constitution qui affirme notre participation à l'Union européenne, que si ses dispositions sont manifestement incompatibles avec celles de la directive. Il s'agit, en effet, d'un contrôle qui relèverait normalement de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) mais le délai d'un mois qui s'impose au Conseil dans le cadre du contrôle a priori ne nous permet pas de la saisir d'une question préjudicielle. C'est donc aux juridictions de fond qu'il incombe, le cas échéant, de le faire ultérieurement à l'occasion d'un litige dont elles seraient saisies.

En revanche, notre contrôle s'exerce dans sa plénitude lorsque la directive laisse au législateur national une marge de manœuvre puisque la loi n'est plus liée par la nécessité de transposer la directive.

Quant aux règlements, ils sont d'application directe et le rôle du législateur se limite donc à mettre la loi nationale en conformité avec leurs dispositions. La décision relative à la protection des données nous a donné l'occasion de préciser que, comme en matière de transposition de directives, nous n'exerçons qu'un contrôle restreint pour nous assurer qu'une disposition législative n'est pas manifestement incompatible avec celle d'un règlement.

Puisque le règlement général sur la protection des données présentait cette particularité de laisser sur de nombreux points, une marge de manœuvre aux Etats membres, le législateur retrouvait dans ces domaines la totalité de ses compétences et, corrélativement, nous avons également exercé dans ces domaines notre contrôle de manière plénière.

## II. Le contenu de notre décision sur le fond

J'en viens maintenant au fond de notre décision. Nous avons été saisis par les sénateurs de 11 articles de la loi. Néanmoins, dans le temps limité qui m'est imparti, je n'évoquerai que les sujets majeurs dont nous avons eu à traiter et qui marquent la position du Conseil constitutionnel sur quelques questions relatives à la protection des données personnelles.

### 1. Pouvoirs de contrôle et de sanction

Nous avons d'abord eu à nous prononcer sur les pouvoirs de contrôle et de sanction de la commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) qui, depuis la loi du 6 janvier 1978, est, en France, chargée d'encadrer le développement de l'informatique afin de protéger la liberté des citoyens.

a) Le principe d'indépendance et d'impartialité du pouvoir de sanction

La CNIL étant l'autorité chargée de prononcer des sanctions en cas de violation des règles définies par la directive, le règlement et la loi de transposition de ces textes européens, les requérants contestaient d'abord les dispositions de la loi au regard du principe d'indépendance et d'impartialité dans l'exercice des pouvoirs de sanction.

Selon une jurisprudence bien établie, le Conseil juge que les exigences d'impartialité résultant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 impose une séparation au moins fonctionnelle, sinon organique, entre les fonctions de poursuite et d'instruction, d'une part, et les fonctions de jugement, d'autre part au sein d'autorités administratives disposant d'un pouvoir de sanction.

Depuis quelques années, la CNIL a mis en place une formation restreinte chargée de prononcer d'éventuelles sanctions dont les membres ne participent pas aux fonctions de poursuite et d'instruction. Mais les requérants faisaient d'abord valoir que les agents de la CNIL sont placés sous l'autorité du Président même lorsqu'ils exercent leur activité auprès de la formation restreinte chargée des sanctions. Ils ajoutaient que les membres de cette formation restreinte restaient en contact avec les autres membres de la commission.

En l'occurrence, nous avons cependant constaté que seuls les agents de la CNIL chargés de la tenue des séances, qui ne prennent évidemment pas part à ses décisions, peuvent être présents au cours des délibérés de sa formation restreinte, de sorte que le fait qu'ils soient placés sous l'autorité du Président n'est pas constitutif d'une méconnaissance du principe d'impartialité.

Par ailleurs, nous avons également relevé que les dispositions relatives à la séparation au sein de la CNIL des fonctions de poursuite et d'instruction, d'une part, et des fonctions de jugement et de sanction, d'autre part, n'étaient nullement remises en cause.

b) Le principe de séparation des pouvoirs

Les requérants soutenaient, en outre, que la loi méconnaissait le principe d'autonomie des pouvoirs constitutionnels, qui résulte de la séparation des pouvoirs protégée par l'article 16 de la Déclaration de 1789, en ne prévoyant pas au profit des pouvoirs constitutionnels, sauf l'exercice de leur fonction juridictionnelle par les juridictions, d'exception aux pouvoirs de contrôle de la commission.

Le Conseil a écarté ce grief en constatant que les opérations de contrôle de la CNIL ne sauraient remettre en cause le fonctionnement des pouvoirs publics. Sans que cela soit expressément précisé dans notre décision, il va de soi que les pouvoirs de contrôle de la CNIL ne sauraient interférer avec les prérogatives personnelles du Président de la République ou le fonctionnement des assemblées s'agissant de leur activité

strictement parlementaire. Mais on ne peut l'écarter pour leur activité purement administrative et, moins encore pour l'administration en général, même si celle-ci est placée sous l'autorité du Gouvernement.

## 2. Traitement de données personnelles en matière pénale

La loi que le Conseil a eu à examiner comporte deux séries de dispositions relatives aux données personnelles en matière pénale : celles, d'une part, relevant du champ de la directive du 27 avril 2016 qui sont traitées par les autorités compétentes, principalement les autorités judiciaires et de police, à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquête et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales ; celles, d'autre part, auxquelles s'applique le Règlement, collectées par d'autres organismes, par exemple les établissements financiers, qui recueillent et conservent des données personnelles, pour respecter une obligation légale, à des fins de détection et de poursuites d'infractions pénales, les données n'étant transmises aux autorités compétentes que dans les cas prévus par la loi de chaque Etat membre.

Sur ce dernier type de données, le règlement laisse au législateur national des marges de manœuvre, ce qui nous a permis d'exercer un contrôle plénier.

L'article 10 du RGDP prévoit que : « Le traitement des données à caractère personnel relative aux condamnations pénales et aux infractions pénales ou aux infractions ou aux mesures de sécurité connexes... ne peut être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique, ou si le traitement est autorisé par le droit de l'Union ou par le droit d'un Etat membre qui prévoit des garanties appropriées pour les droits et libertés des personnes concernées ». La loi de transposition s'est limitée à reprendre les termes du Règlement en prévoyant que les traitements de données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales, aux infractions et aux mesures de sûreté connexes ne peuvent être effectués que sous le contrôle de l'autorité publique.

Dans une décision précédente – n° 2004-499 DC – le Conseil avait jugé que les garanties appropriées et spécifiques, justifiées par l'ampleur et la nature des informations traitées, devaient être fixées par la loi et que la définition des exceptions selon lesquelles seule l'autorité publique peut mettre en œuvre de tels traitements ne pouvaient être renvoyée à l'autorité de régulation (la CNIL) ou à des lois ultérieures.

Or, on ne pouvait que constater que le législateur s'était contenté de reprendre les termes du Règlement pour affirmer que les traitements de données ne peuvent être effectués que sous le contrôle de l'autorité publique, sans déterminer les catégories de personnes susceptibles d'intervenir, ni préciser les finalités qui devaient être poursuivies par la mise en œuvre de tels traitements. Eu égard à l'ampleur que peuvent revêtir de tels traitements et à la nature des informations traitées, le Conseil a considéré que les dispositions contestées mettaient en cause les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et, en cohérence avec sa jurisprudence antérieure, les a censurées pour incompétence négative du législateur.

## 3. Décisions prises sur le fondement d'algorithmes

Le dernier point que je voudrais évoquer n'est pas le moindre puisqu'il s'agit de l'usage des algorithmes pour la prise de décisions administratives. Substituer un traitement automatisé à un examen personnalisé de dossiers est évidemment un sujet sensible. Sans doute l'utilisation d'un algorithme facilite-t-il, pour les cas complexes et l'examen d'un nombre important de dossiers, une prise de décision administrative rapide et objective, susceptible de mettre les usagers à l'abri de décisions arbitraires. Mais il importe de vérifier que les critères retenus sont satisfaisants et de mettre en place des garanties de procédure et de transparence.

Le RGDP fixe les règles qui s'imposent pour qu'une décision administrative puisse être fondée exclusivement sur un traitement automatisé. Il affirme d'abord le principe selon lequel toute personne peut s'opposer à une décision de cette nature qui produirait des effets juridiques à son égard ou l'affecterait de manière significative.

Ce principe souffre cependant d'exception lorsque la décision est nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat entre la personne et le responsable du traitement ou lorsqu'elle est autorisée par le droit de l'Union ou de l'Etat membre auquel le responsable du traitement est soumis.

Le Règlement offre une marge de manœuvre au droit national pour autoriser une prise de décision automatisée à condition de prévoir des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée.

En tout état de cause, le RGDP écarte la prise de décision automatisée lorsque le traitement est fondé sur des données sensibles, c'est-à-dire les données biométriques, génétiques, de santé, relatives à la vie sexuelle, à la religion ou aux convictions philosophiques.

On relèvera d'abord que jusqu'alors, le droit français excluait que certaines décisions puissent être prises sur le fondement d'un algorithme. Il prévoyait d'abord une interdiction absolue de traitements destinés à évaluer certains éléments de la personnalité pour les décisions de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne. Il écartait également le recours exclusif à un algorithme pour les décisions produisant des effets juridiques lorsque le traitement automatisé de données est destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité tout en prévoyant des exceptions à cette interdiction pour les décisions prises dans le cadre de la conclusion d'un contrat et pour lesquelles les personnes concernées ont pu présenter leurs observations ou pour celles satisfaisant les demandes de la personne concernée.

La loi de transposition maintient la première interdiction. En revanche, conformément aux dispositions du règlement européen, elle assouplit les conditions de recours aux algorithmes, sans consentement des intéressés pour la prise de décisions emportant des effets juridiques.

Au titre des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée, auxquelles le règlement fait référence, il écarte d'abord tout traitement portant sur des données sensibles. Par ailleurs, il prévoit que l'administration doit informer l'utilisateur, par une mention explicite, que la décision a été prise sur le fondement d'un algorithme. Il permet également à l'utilisateur de se faire communiquer les règles de fonctionnement de ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre, sous la réserve des décisions reposant sur des règles dont la divulgation porterait atteinte

à des secrets protégés, tel que le secret de la défense nationale. Il impose, enfin, au responsable du traitement l'obligation de s'assurer de la maîtrise du traitement de l'algorithme et de ses évolutions. En revanche, il écarte le droit pour la personne concernée d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable du traitement.

Les requérants contestaient, dans son principe, le recours exclusif à un algorithme pour une prise de décision administrative et soutenaient, en outre, que l'administration renonçait, par ce biais, à son pouvoir d'appréciation du fait de l'existence d'algorithmes « auto-apprenants » susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent.

Nous avons cependant validé les dispositions qui nous étaient déférées d'abord parce qu'elles sont conformes au règlement européen. Surtout nous avons constaté qu'elles prévoient bien des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée.

Néanmoins, nous avons tenu à reprendre dans notre décision les garanties énoncées, non sous la forme d'une réserve puisqu'elles figurent explicitement dans la loi, mais pour bien marquer que la conformité à la Constitution des dispositions en cause y est subordonnée. Nous avons également rappelé que les décisions prises sur le fondement d'un algorithme pouvaient faire l'objet d'un recours gracieux et juridictionnel, à l'occasion duquel une intervention humaine était nécessaire. Nous avons, en enfin, constaté que les dispositions de la loi qui imposent au responsable du traitement d'en conserver la maîtrise et d'être en mesure d'en expliquer les règles de fonctionnement interdisaient l'usage d'algorithmes « auto-apprenants », qui modifient d'eux-mêmes les règles de traitement qu'ils appliquent.

Même si nous n'avons pas, en l'occurrence, prononcé de censure, cet aspect de notre décision est sans aucun doute le plus important pour marquer les limites qui s'imposent en matière de traitement de données personnelles.