

Les incidences sur la CNIL et la CADA du projet de loi pour une République numérique

Introduction

D'une façon générale, avant d'entrer dans le détail des modifications, on peut noter que le parti de rédaction qui a été choisi par le projet de loi pour une République numérique est celui de simples ajustements à la marge des textes régissant les deux institutions, c'est-à-dire pour la CNIL, la loi du 6 janvier 1978 et, pour la CADA, la loi du 17 juillet 1978, codifiée en deux temps au Livre III du Code des relations entre le public et l'administration, ordonnance du 23 octobre 2015 pour la partie « accès aux documents administratifs » et ordonnance du 17 mars 2016 pour la partie « réutilisation »¹. Cette architecture du projet de loi ne se comprend que dans l'hypothèse du maintien de deux institutions distinctes.

Sans préjuger ici de la suite de l'analyse du texte, il en résulte que les différences de compétence, de modes d'intervention, de méthodes de travail et de structure des deux institutions, qui existent depuis 1978 et qui ont été analysées dans la note préliminaire du 1^{er} mars dernier, ne sont pas remises en cause. On les rappelle brièvement.

En ce qui concerne la **compétence**, l'activité de la CNIL de contrôle, tant a priori qu'a posteriori, des **traitements** de données à caractère personnel² est aujourd'hui majoritairement orientée vers le secteur **privé**, même si ceux du secteur public, prépondérants en 1978, conservent une part importante de l'activité de cette autorité. L'activité de la CADA est, en revanche, exclusivement centrée sur l'accès du public aux **documents** des services **publics** et, depuis une ordonnance du 29 avril 2009, sur la réutilisation des **informations publiques**. Le problème d'un recoupement des attributions des deux autorités ne se pose donc que quand le document administratif auquel l'accès est demandé ou dont la réutilisation est souhaitée contient des données à caractère personnel, ce qui reste, pour l'instant, marginal. Les deux

¹ La publication de cette dernière ordonnance au J.O. du 18 mars appellera une modification des références à la loi du 17 juillet 1978 qui subsistent dans le projet de loi

² Ce qui a toujours été regardé comme excluant de la compétence de la CNIL les traitements de données des personnes morales

institutions ont traditionnellement résolu le problème par des réunions de concertation et des protocoles d'accord. Plus récemment, il a été décidé en 2005 que le collège de la CADA comprendrait « une personnalité qualifiée en matière de protection des données personnelles proposée par le président de la CNIL » et l'auteur de la présente étude a exercé cette fonction pendant 9 ans de 2005 à 2014. Il reste que la mission des deux institutions garde une **orientation fondamentalement différente** : pour la CNIL, n'autoriser les traitements de données personnelles que sous réserve du respect d'un certain nombre de principes protecteurs prévus par la loi du 6 juillet 1978, pour la CADA, encourager les administrations à donner le plus large accès aux données publiques dès lors qu'elles ne tombent pas sous les seules réserves prévues par la loi du 17 juillet 1978³.

Accessoirement, l'aspect très international et européen de l'activité de la CNIL du fait de la circulation mondiale des données la conduit souvent sur le terrain de droits étrangers, notamment ceux relevant de la **common law**. Cela contraste avec le caractère beaucoup plus hexagonal de l'activité de la CADA. Les textes régissant la CNIL sont, depuis 2004, très fidèlement transposés d'une **directive européenne** et seront prochainement remplacés en grande partie par le **règlement** en cours d'élaboration. Seule la partie « réutilisation » du CRPA est issue de la transposition d'une directive.

Pour les **modes d'intervention**, le contraste est tout aussi frappant : la CNIL exerce, sous le contrôle du juge administratif, un large pouvoir **réglementaire**, prévu par la loi elle-même, en édictant pour les traitements de données personnelles, des autorisations uniques ou normes simplifiées, sans préjudice d'autres interventions de caractère tout aussi général sous forme d'instruments de droit souple, labels, packs de conformité, méthodologies de référence, tout cela encadrant les demandes individuelles qui lui sont présentées et permettant d'en simplifier l'examen. En revanche, l'action de la CADA s'exerce essentiellement par des avis en réponse à des demandes **individuelles** des usagers du service public qui souhaitent accéder aux données détenues par ces services, sous réserve de quelques possibilités de **conseils** à ces services publics, simplement évoquées au niveau réglementaire et qui représentent moins de 2% des saisines. Ces avis qui sont à 98,5% des avis sur des demandes de communication, donc, au total 97% de l'activité de la CADA, ne sont qu'un préalable à un éventuel contentieux devant le juge administratif

³ Conditions de la loi CNIL et réserves de la loi CADA ne se recoupant que très partiellement

quand l'administration ne les suit pas. L'influence de la CADA s'exerce essentiellement par une « **jurisprudence** » résultant de la continuité des avis qu'elle rend sur des centaines de cas. En outre, la CNIL est seule à exercer un important pouvoir de **contrôle** sur place et elle dispose, sous le contrôle du Conseil d'Etat, d'un pouvoir de **sanction** sans commune mesure avec celui de la CADA qui ne concerne que certains aspects de la réutilisation des données publiques.

En ce qui concerne les **méthodes de travail**, elles ne sont pas du domaine législatif, mais elles sont largement la conséquence des compétences données par la loi à chaque institution. L'activité beaucoup plus **normative** de la CNIL implique une participation plus active des membres du collège, avec l'aide de services étoffés, à la préparation de délibérations, certes nombreuses, quoique ne dépassant pas la moitié du nombre des avis de la CADA, (2300 contre 5000), mais dont il sera largement fait application par la suite, alors que l'activité **pré-juridictionnelle** de la CADA se traduit par l'étude de milliers de demandes individuelles et par la présentation des réponses qui leur sont faites par des rapporteurs coordonnés par un rapporteur général et un rapporteur général adjoint, tous à temps très partiel, et avec des services de « greffe » très réduits, devant un collège qui découvre largement les affaires en séance.

Enfin, les **structures** des deux institutions sont assez différentes, sous l'apparente ressemblance des deux collèges composés de parlementaires, magistrats et personnalités qualifiées. Le président de la CNIL est élu par ses pairs eux-mêmes désignés en majorité par leur institution d'origine, pour garantir l'indépendance de cette autorité, alors que le président de la CADA, nommé par décret, comme tous les membres du collège, est obligatoirement le membre désigné par le Conseil d'Etat pour faire partie du collège, ce qui est logique pour une institution pré-juridictionnelle. La différence apparaît aussi dans le poids très différent du budget et du personnel de chaque institution : 16 millions d'euros et 189 agents dont plus des deux tiers de catégorie A pour la CNIL, 1 million et une douzaine d'ETP de catégorie B et C pour la CADA qui fait surtout appel à des rapporteurs à temps très partiel.

L'objet de cette étude est donc d'examiner si les dispositions du projet de loi pour une République numérique qui s'insèrent dans les textes préexistants, en particulier celles qui promeuvent le développement de l'open data, modifient substantiellement, en plus et en moins, les compétences de l'une et l'autre

institution et s'il en résulte un accroissement des interférences appelant une plus grande coordination.

Suivant l'ordre des dispositions du projet de loi, la présente note décrira successivement les nouvelles compétences de la CADA, puis celles de la CNIL en examinant à chaque fois les nouvelles interférences, avant d'essayer d'en tirer les conséquences immédiates puis à plus ou moins long terme

I Modification des compétences de la CADA et interférences avec la CNIL

Curieusement, l'étude d'impact n'évoque la question des nouvelles compétences de la CADA qu'à propos de l'article 8 qui, d'une part, impose la mise à jour annuelle du répertoire des principaux documents dans lesquels figurent des informations publiques, dont la tenue à la disposition des usagers était déjà imposée par l'article 17 de la loi du 17 juillet 1978 (nouvel article L322-6 CRPA) et qui, d'autre part, introduisent très discrètement, au 1° du II, en sus de la saisine pour refus de communication, un droit de saisine de la CADA dans tous les cas de **refus de publication** (et pas seulement pour les répertoires de l'article L322-6). En réalité, il s'agit de plus qu'un droit, dans la mesure où, comme pour les refus de communication, c'est un **préalable obligatoire** à toute démarche contentieuse. L'étude indique de manière optimiste qu'un point d'équilibre devrait être atteint entre la hausse des demandes d'avis adressées à la CADA en raison de ce nouveau cas de saisine (refus de publication) et la baisse de ces demandes résultant justement des publications effectives qui rendraient le droit de communication sans objet.

Les choses sont moins simples et on peut s'étonner que l'avis du Conseil d'Etat, prompt à souligner les carences de l'étude d'impact sur d'autres points, n'ait pas relevé ces insuffisances. En premier lieu, en effet, il n'est nullement certain que cet équilibre, s'il devait se réaliser, soit immédiatement atteint et il est plus probable qu'il y ait, à un intervalle plus ou moins long, d'abord hausse des saisines résultant de cette toute nouvelle compétence de la CADA en cas de refus de l'administration de procéder à la publication requise, avant qu'une baisse se produise, une fois que toutes les administrations auront adopté une conduite vertueuse.

En deuxième lieu, ce même article 8 crée une autre charge pour la CADA en faisant obligation à son président, en cas de refus de communication ou de publication malgré un avis favorable de la commission, d'inscrire sur une liste mise en ligne le nom de l'administration récalcitrante, la référence du

document non communiqué ou publié et le cas échéant le motif du refus. Il paraît étrange, comme cette fois n'avait pas manqué de le souligner le Conseil d'Etat, que le président de la CADA ait l'obligation d'inscrire sur cette « **liste noire** » des administrations auxquelles le juge administratif saisi pourrait donner finalement raison contre l'avis de la CADA⁴. Le rapport de la CADA pour 2013 analysait les 120 refus confirmés par l'administration au cours de cette année malgré l'avis favorable de la CADA et faisait ressortir les causes très diverses de ces refus. En l'absence de précision, le président de la CADA risque d'avoir une mission délicate s'il estime devoir faire un tri ou peut s'exposer, s'il estime avoir compétence liée pour publier, à des contestations de la part de l'administration ainsi mise au pilori et finalement justifiée par une décision d'un tribunal administratif confirmée en cassation par le Conseil d'Etat.

Enfin et surtout, l'article 8 est loin d'être le seul à accroître les charges de la CADA.

L'article 1^{er} de la loi instaure une nouvelle obligation pour la CADA, celle de statuer sur les demandes d'administrations qui se heurtent au **refus d'un autre service public** de leur communiquer les documents administratifs qu'ils détiennent, alors que la jurisprudence de la CADA était jusqu'alors de décliner sa compétence en estimant que les administrations ne faisaient pas partie du « public » autorisé à la saisir⁵. La faculté de réutilisation des informations contenues dans ces documents, consacrée par le même article peut, elle-même, en vertu de cette nouvelle compétence, donner matière à saisine de la CADA en cas de difficulté. Si les documents contiennent des données personnelles, se repose le problème, qui ne se posait jusqu'ici qu'à l'égard de demandeurs privés, et que le texte du projet de loi rappelle à nouveau : ces communications et réutilisations ne peuvent se faire que dans le respect de la loi du 6 janvier 1978. Il ne paraît pas, pour autant, en découler pour la CNIL d'autre pouvoir d'intervention que par le biais de recommandations générales et d'usage de son pouvoir de sanction dont on reparlera. C'est bien la CADA qui reste compétente pour donner un avis avant toute démarche contentieuse et notamment d'apprécier si cette communication se heurte à une des exceptions prévues à l'article L311-5 du CRPA.

⁴ Ce qui est, heureusement, très rare, à la fois parce que les administrations suivent très majoritairement les avis de la CADA et que ces avis juridiquement solides résistent à l'épreuve contentieuse

⁵ Une ordonnance du 23 octobre 2015 avait déjà prévu dans certains cas une obligation pour les administrations d'échanger entre elles les informations qu'elles détiennent, mais sans donner compétence à la CADA en cas de refus et en revoyant les modalités de ces échanges à un décret en Conseil d'Etat pris paradoxalement après avis de la seule CNIL et non intervenu à ce jour

L'article 2 impose la communication des règles définissant les **traitements algorithmiques** et leur mise en œuvre, lorsque des décisions individuelles sont prises sur leur fondement. Il est bien évident que, même si l'expertise de la CNIL doit s'exercer pour définir ce que sont ces règles, c'est bien la CADA qui reçoit la nouvelle compétence de statuer sur les refus de satisfaire à cette obligation dans les conditions rappelées ci-dessus.

L'article 4 est sans doute un des plus importants, en instaurant un très large « **open data** », par l'obligation faite aux services publics de publier en ligne diverses catégories de documents et de bases de données, « dans un standard ouvert aisément réutilisable, c'est-à-dire lisible par une machine ». Toutefois, l'application de cette obligation est, d'une part, exclue pour les collectivités territoriales de moins de 3500 habitants et pour les autres personnes morales dont le personnel ne dépasse pas un seuil fixé par décret et qui ne peut être supérieur à cinquante et cette application est, d'autre part, échelonnée dans le temps, n'intervenant que :

six mois après la publication de la loi pour la liste des documents que ces services communiquent en application des procédures du CRPA,

un an après cette publication pour les documents figurant dans le répertoire mentionné à l'article 17 de la loi du 17 juillet 1978 (nouvel article L322-6 CRPA) tel que modifié, on l'a vu, par l'article 8 de la loi,

dans un délai à fixer par décret et au plus tard deux ans après la publication de la loi pour les bases de données que les services publics produisent ou reçoivent ainsi que pour toutes les données dont la publication présente un intérêt économique, social, sanitaire ou environnemental.

Il va de soi que les conditions de fond et de délai mises à cette obligation sont susceptibles de donner matière à interprétation et donc à saisine de la CADA, dès lors que la publication requise n'a pas eu lieu.

En outre, dans l'hypothèse où ces documents ou bases de données contiennent des mentions entrant dans le champ des exceptions des articles L311-5 et 6 (documents non communicables en raison de leur auteur ou en fonction de leur contenu mettant en cause divers intérêts régaliens ou encore documents communicables aux seuls intéressés), la CADA aura à faire application de sa jurisprudence classique sur l'**occultation** des mentions non communicables dans un nombre sensiblement accru de cas. Dans l'hypothèse où ces documents et bases de données contiennent des **données à caractère personnel** qu'il faut anonymiser, il y a là, à l'évidence, une très grande extension des cas de recoupement avec les attributions de la CNIL et on verra

que le législateur a donné à cet effet un nouveau pouvoir quasi réglementaire à cette dernière sous la forme de « référentiels ou méthodologies de référence » dont la CADA ne pourra sans doute que faire application.

Il faut enfin préciser que les modalités d'application de cette nouvelle obligation sont renvoyées à un **décret en Conseil d'Etat pris après avis de la CADA**, mais, curieusement, non de la CNIL.

L'article 6, quant à lui, rappelle, à l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978, (désormais L321-1 CRPA) que c'est bien ce code qui régit les limites et conditions de la réutilisation. Ce même article précise le format de cette mise à disposition en reprenant la formule de l'article 4. Mais, en outre, il abroge la disposition de ce même article qui excluait de la réutilisation les documents produits ou reçus par les **services publics à caractère industriel et commercial**. Il en résultera un très net élargissement du champ d'intervention de la CADA.

L'article 6bis entraîne un autre élargissement de ce champ en rangeant les documents relatifs à la gestion du **domaine privé** au nombre des documents administratifs, ce qu'excluait à ce jour la jurisprudence de la CADA.

Enfin, l'article 7 introduit un nouveau cas donnant matière à interprétation par la CADA en précisant que, contrairement à la règle générale applicable aux services publics à caractère administratif, les droits de propriété intellectuelle des administrations soumises au CRPA sur les bases de données produites dans l'exercice d'une mission de service à caractère industriel et commercial soumise à la concurrence peuvent faire obstacle à la réutilisation du contenu de ces bases de données.

Si, enfin, l'article 8, déjà évoqué, accroît le montant des amendes en cas de réutilisation abusive et surtout si l'article 16bis donne au président de la CADA un pouvoir nouveau d'auto-saisine, il peut y avoir un problème d'interférence avec le pouvoir de sanction de la CNIL si les données réutilisées sont des données personnelles, on y reviendra à propos des dispositions concernant cette dernière.

On voit donc que l'accroissement du nombre des cas où l'intervention de la CADA peut être requise est très largement supérieur à la diminution qui ne pourra résulter qu'à terme de l'application vertueuse de l'open data par l'ensemble des services publics. Le gouvernement paraît en être bien conscient, puisque, dans le décret du 17 mars 2016 qui codifie les dispositions réglementaires de la loi du 17 juillet 1978 relatives à la réutilisation, il

augmente très substantiellement, à l'article R 341-7 CRPA, la « force de travail » de la CADA, en ajoutant au rapporteur général et au rapporteur général adjoint un **second rapporteur général adjoint**. Quant aux cas d'interférences avec la loi CNIL, s'ils sont beaucoup plus lourds qu'auparavant, ils ne paraissent pas, à ce stade, d'une nature différente de ceux qui préexistaient.

II Modification des compétences de la CNIL et interférences avec la CADA

Les modifications de la loi du 6 janvier 1978 apparaissent aux articles 26 à 33 du projet de loi pour une République numérique, abstraction faite des dispositions de l'article 18 qui réorganisent complètement la procédure d'appariement des fichiers à des fins de recherche et modifient les modes d'intervention de la CNIL pour ce qui est de l'utilisation du NIR, par une réécriture du chapitre IV de la loi relatif aux formalités, ce qui, a priori, ne devrait pas poser de problème de recoupement avec les attributions de la CADA.

L'article 26 complète l'article 1^{er} de cette loi, resté inchangé depuis l'origine, en érigeant en norme écrite le droit, reconnu depuis longtemps par la jurisprudence de la CNIL et confirmé par les tribunaux, que possède toute personne de **décider et contrôler** les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant. Cela ne devrait pas modifier sensiblement la charge de cette autorité. Disons tout de suite que c'est évidemment une voie plus prometteuse pour le citoyen que la simple communication par la voie du CRPA. Mais ce n'est pas plus nouveau que la consécration de ce droit.

L'article 26bis obligera la CNIL à préciser dans son rapport annuel le **sexes des mineurs** qui font usage du nouveau droit à l'oubli reconnu par l'article 40. Cette obligation ne concerne que la CNIL.

L'article 26ter reprend, mais seulement pour partie, la précision donnée dans le CRPA aux articles 4 et 6 du projet de loi sur le format de la publication par la CNIL de la **liste des traitements** ayant fait l'objet de formalités auprès d'elle. Il faut rappeler ici que, si le défaut de communication de ses délibérations par la CNIL a pu initialement être regardé par la CADA comme tombant sous le coup des dispositions de la loi du 17 juillet 1978, cette position est maintenant abandonnée au profit de la règle de la loi spéciale, c'est-à-dire les règles figurant au chapitre IV de la loi CNIL qui prévalent sur la loi CADA. La saisine de

la CADA ne devrait donc pas davantage être un préalable à un recours contentieux en cas de refus de la CNIL de procéder à cette publication.

La nouvelle obligation faite aux responsables de traitement par l'article 27 d'informer la personne dont les données sont recueillies de « la **durée de conservation** des catégories de données traitées » ne concerne que l'exercice éventuel par la CNIL de ses pouvoirs de contrôle et de sanction.

Il en va de même de l'article 28 qui permet aux personnes dont les données à caractère personnel ont été collectées d'exercer leurs droits d'information, d'opposition et de rectification par voie électronique et qui précise, par une modification du CRPA sur les démarches par voie électronique, que les considérations de sécurité ou de bonne administration qui peuvent conduire à **écarter l'utilisation de modes électroniques** de saisine de l'administration s'appliquent aux démarches auprès de la CNIL. Répétons ici que ces pouvoirs de rectification donnés à la CNIL ont toujours rendu sa saisine plus attractive que la demande de communication adressée à la CADA pour simple avis, mais ce n'est pas nouveau.

Ne concerne également que la CNIL l'article 29 qui modifie l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978 pour étendre ses **compétences consultatives** sur les dispositions législatives ou réglementaires relatives à la protection des données personnelles ou au traitement de ces données ainsi que la publicité donnée à ses avis. L'hypothèse selon laquelle la CADA pourrait être désormais saisie au cas où la CNIL ne satisferait pas à cette obligation de publicité paraît, en effet, en tout état de cause, très théorique, tant la CNIL est généralement demanderesse de cette publicité. La nouvelle compétence donnée à la CNIL par ce même article pour conduire une réflexion sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevées par l'évolution des technologies numériques ne pourrait intéresser la CADA que par l'association de cette autorité à ces réflexions, ce qui ne devrait pas poser de problème. Le même texte charge la CNIL de promouvoir l'utilisation des technologies protectrices de la vie privée que la CADA devrait pouvoir, elle-même, appliquer.

Beaucoup plus important pour notre sujet est l'article 30 du projet de loi qui donne à la CNIL un nouveau pouvoir en matière **d'anonymisation des données à caractère personnel**, notamment en vue de la réutilisation d'informations publiques, ce qui se posera de plus en plus souvent du fait de la généralisation de **l'open data**. La Commission peut en effet désormais certifier ou homologuer en cette matière des référentiels ou des méthodologies générales et en tirer

des conséquences pour la mise en œuvre de sanctions. Comme on l'a dit plus haut, c'est un cas évident de recoupement avec les attributions de la CADA lorsque cette dernière sera saisie en cas de refus de communication, publication ou réutilisation de tels documents ou bases de données à caractère personnel, compétence que le texte ne lui retire pas. La solution simple serait que, soit par une précision du texte législatif, soit, plus simplement, par accord entre les deux institutions, il soit entendu **que la CADA applique loyalement les dispositions générales arrêtées par la CNIL**. Cet accord devrait être d'autant plus facile à obtenir que la CADA n'a pas estimé jusqu'ici disposer d'un pouvoir de recommandation générale⁶.

La question des **sanctions** est également délicate. En cas de publication ou de communication ne respectant pas ces référentiels, seule la CNIL sera compétente pour sanctionner le fait d'avoir rendues publiques plus de données à caractère personnel ou avec moins de précautions qu'elle ne le préconisait, la CADA ne disposant alors d'aucun pouvoir de sanction. En revanche, en cas de réutilisation, les deux autorités peuvent avoir un pouvoir de sanction. Il ne semble pourtant pas y avoir de problème au regard du principe « **Ne bis in idem** » tel que l'a précisé la récente décision du Conseil constitutionnel 2014 453/454 QPC et 2015 462 QPC du 18 mars 2015 : la qualification des faits sanctionnables par les deux institutions est différente : violation de la protection des données personnelles dans le cas de la CNIL, altération ou dénaturation des informations publiques réutilisées, absence de mention de leurs sources et date de mise à jour, voire méconnaissance des conditions d'une licence, dans le cas de la CADA.

Les articles 31 et 32 qui concernent la question nouvelle du **droit à l'oubli** pour les personnes dont les données ont été recueillies alors qu'elles étaient mineures et les **directives** que les personnes majeures peuvent définir pour la conservation, l'effacement et la communication de leurs données à caractère personnel après leur décès, donneront certainement matière à de très lourdes interventions de la CNIL. Après l'entrée en vigueur du décret en Conseil d'Etat prévu pour définir dans quels cas les exceptions prévues pour le droit à l'oubli en faveur des mineurs peuvent jouer, il restera sûrement la place pour une interprétation justifiant de nombreuses saisines de la CNIL. En ce qui concerne les directives anticipées pour les personnes décédées, la CNIL aura à certifier

⁶ C'est sous le timbre de la DILA qu'a été diffusé le 10/09/2015 un « caveat » en matière de réutilisation de données à caractère personnel rappelant que cette réutilisation est encadrée par l'article 13 de la loi CADA (aujourd'hui article L322-2 CRPA) qui la subordonne au respect de la loi CNIL

les tiers de confiance habilités à les enregistrer, s'agissant des directives générales sur l'ensemble des données. Quant aux directives relatives à chaque traitement portant sur ces données, elles donneront certainement matière à de nombreuses démarches auprès de la CNIL. Mais rien de tout cela ne paraît devoir concerner la CADA.

Au total, les dispositions propres à la CNIL, font apparaître que les problèmes de nouveau recoupement d'attributions avec la CADA se concentrent sur un point, l'application dans les cas individuels traités par la CADA des règles générale en matière d'anonymisation des données à caractère personnel édictées par la CNIL.

III Les différentes possibilités de rapprochement entre la CNIL et la CADA

Le projet de loi comporte quatre articles 13 à 16 qui renforcent la coordination entre les deux institutions, articles qui ne figuraient pas dans le texte soumis au Conseil d'Etat dont l'avis ne les concerne évidemment pas.

L'article 13 modifie la loi du 6 janvier 1978 en introduisant dans le **collège de la CNIL** « le président de la CADA ou son représentant ». Cette disposition se veut le symétrique de la disposition de l'article 15 du projet de loi qui introduit dans le **collège de la CADA** « le président de la CNIL ou son représentant ». On peut remarquer qu'il y a là un système un peu différent de la situation actuelle où, seul, le collège de la CADA comprenait, non le président de la CNIL, mais une personnalité qualifiée en matière de protection des données à caractère personnel proposée par le président de la CNIL et nommée, comme les autres membres, par décret du Premier ministre. Ce mode de nomination devrait rester applicable au président de la CNIL ou son représentant, avec la difficulté que si, comme c'est probable, ce président n'est pas souvent disponible, la charge retombera sur son seul représentant, alors que deux personnes se partagent actuellement la tâche. La solution pourrait être qu'il y ait plusieurs représentants. La formule retenue de la participation directe du président de chaque institution s'apparente à celle qui, pour la CNIL, prévoit que son collège comprend « le Défenseur des droits ou son représentant », avec la différence notable que ce dernier n'a qu'une voix consultative, alors que dans le système proposé les deux représentants des présidents ont une voix délibérative, ce qui modifie le **quorum**, non pour la CADA qui restera de 6 comme prévu par l'article R341-3 CRPA, mais pour la CNIL, puisque c'est la majorité des membres

en exercice selon l'article 2 du décret du 20 octobre 2005, majorité qui va passer de 9 à 10. Le système présuppose que le président de la CADA ou son représentant ait suffisamment de disponibilité pour être davantage présent que, dans la pratique actuelle, le représentant du défenseur des droits.

La seconde modification importante figure aux articles 14 et 16 qui prévoient, de manière également symétrique, que les collèges des deux institutions « se réunissent dans un **collège unique**, sur l'initiative de leurs présidents, lorsqu'un sujet d'intérêt commun le justifie ». Cette rédaction pose deux problèmes : s'il s'agit de simples échanges de vue sans portée normative, il est évident que, même si de telles réunions sont très souhaitables, le recours à la loi est inutile, ce que le Conseil d'Etat n'aurait pas manqué de souligner si la disposition lui avait été soumise. Comme on l'a dit, de telles réunions communes ont déjà lieu, sans que ce soit au niveau de l'ensemble des deux collèges. Il ne faudrait pas qu'à contrario, on tire de la rédaction proposée que ces rencontres ne peuvent avoir lieu qu'au niveau plénier. Si, en revanche, il devait s'agir d'aboutir à une véritable délibération normative, la loi redeviendrait utile, mais il faudrait aller plus loin, dans la mesure où aucun texte ne donne actuellement un tel pouvoir aux membres du collège de la CADA. Il faudrait, en outre, préciser les sujets sur lesquels de telles délibérations pourraient porter. Cela supposerait qu'il existe véritablement des sujets relevant de la double compétence normative des deux institutions, ce que la situation résultant du projet de loi ne fait pas ressortir.

Conclusion

On l'aura compris, l'étude rapide des dispositions du projet de loi ne fait pas apparaître la nécessité immédiate d'un **renforcement des modes de coopération** entre les deux institutions, dès lors que, comme il est apparu dans les entretiens menés avec leurs dirigeants, rien ne devrait faire obstacle à ce que, sur le sujet le plus nouveau, l'anonymisation des données à caractère personnel dans les documents et bases de données mis en ligne au nom de l'open data, la CNIL ait le rôle pilote de définir les référentiels ou méthodologies dont la CADA ferait application dans les cas individuels. Une insertion de ce partage des rôles dans le texte du projet de loi ne paraît pas, de ce fait, nécessaire.

Rien actuellement ne laisse présager, à brève échéance, un **dépérissement de l'activité de la CADA** et il sera toujours temps d'en tirer les conséquences s'il se produit lorsque l'échelonnement prévu pour la mise en œuvre de l'open data

sera effectivement venu à son terme. La question pourrait alors d'autant mieux être traité, à échéance d'un ou deux ans, que le règlement européen sera alors entré en vigueur et aura probablement modifié en profondeur le droit national de la protection des données personnelles.

D'ici là, on pourrait utilement se livrer à une étude approfondie des pays qui ont adopté le système d'une **autorité ayant la double compétence**, en apparence contradictoire, de la transparence des données publique et de la protection de données personnelles, étude qui n'a pu être menée dans le très court délai imparti. Il est a priori vraisemblable que, pour conserver les avantages que présente actuellement en France le recours à deux institutions, cela ne pourrait se faire que par la création de deux sections au sein de l'organisme unique et donc sans économie appréciable.

Jean Massot
Président de section (h)
au Conseil d'Etat