

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies
Séance du 29 juin 2018
Lecture du 11 juillet 2018

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Bien qu'elles portent sur le sujet polémique des relevés de données personnelles par les compteurs communicants dits Linky, ces affaires posent à titre principal, comme vous l'avez fait savoir aux parties, une question préalable de recevabilité. Il ne nous semble en effet pas évident que les communes justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour former utilement devant la CNIL une plainte dont la clôture serait susceptible de recours devant vous.

Les faits de l'espèce sont les suivants.

La directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité ayant incité les Etats membres à mettre en place un système de comptage de leur consommation d'électricité, le législateur français a, par la loi n° 2010-488 du 7 décembre 2010 modifiant ce qui était alors le IV de l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (devenu art. L. 341-4 du code de l'énergie), transposé cette exigence et renvoyé à un décret en Conseil d'Etat le soin de réglementer les dispositifs de comptage à déployer. Le décret n° 2010-1022 du 31 août 2010 relatif aux dispositifs de comptage sur les réseaux publics d'électricité (désormais art. R. 341-4), a confié aux gestionnaires de réseaux publics de distribution d'électricité le soin de mettre en place de tels dispositifs, comportant un traitement des données enregistrées permettant leur mise à disposition au moins quotidienne, et imposant que les utilisateurs des réseaux et les tiers autorisés par les utilisateurs y aient accès dans des conditions transparentes, non discriminatoires, adaptées à leurs besoins respectifs et sous réserve de règles de confidentialité. Les fonctionnalités du dispositif ont été précisées par un arrêté ministériel du 4 janvier 2012 et Enedis, principal gestionnaire du réseau électrique de distribution d'électricité en France, a entrepris le déploiement des compteurs communicants dits Linky qui devraient d'ici 2020 concerner 35 millions de foyers.

Comme vous avez pu vous en rendre compte à l'occasion de contentieux portant sur leur déploiement national ou en apprenant dans la presse des faits d'agression contre leurs installateurs, ces compteurs Linky ont suscité une vague d'indignation spectaculaire de la part des consommateurs, craignant pour une part qu'ils diffusent des ondes électromagnétiques dangereuses pour la santé, pour une autre qu'ils permettent une intrusion dans leur vie privée grâce au décryptage rendu possible de leurs comportements de consommation. Il semblerait en effet, peut-être en raison du tabou que représente l'introduction physique d'un outil de surveillance dans l'intimité du foyer, que le fait de mettre le gestionnaire de réseaux d'électricité en mesure de connaître l'horaire de la douche ou du lever des abonnés pour les

besoins de la facturation soit majoritairement considéré comme beaucoup plus grave que le fait de livrer aux GAFA et autres fournisseurs de services en ligne des giga-octets de données autrement plus sensibles les mettant en mesure de reconstituer avec un degré de détail ahurissant les cercles de sociabilité, les déplacements et jusqu'au moindre centre d'intérêt des internautes dans le but de les inonder de publicités ciblées.

Face aux craintes suscitées par le déploiement des compteurs en matière de données personnelles, la CNIL a adopté plusieurs délibérations à leur sujet. Avant le lancement des opérations, une délibération n° 2012-404 du 15 novembre 2012 portant recommandation relative aux traitements des données de consommation détaillées collectées par les compteurs communicants a entendu encadrer les conditions de collecte et d'utilisation de la « courbe de charge », c'est-à-dire le relevé de la consommation électrique de l'abonné à un rythme régulier que l'on appelle le « pas de mesure »¹. En 2014, la CNIL a rendu public un « pack de conformité » des compteurs communicants élaboré par la Fédération des industries électriques, électroniques et de communication (FIEEC). Ces mesures devaient être par la suite largement reprises par deux décrets n° 2017-948 et n° 2017-976 du 10 mai 2017. Le 30 novembre 2015, elle a fait savoir par une communication qu'à la veille du déploiement des compteurs Linky, elle considérait acceptable et suffisamment protecteur l'enregistrement prévu, conforme à sa recommandation du 15 novembre 2012. Enfin, postérieurement au déploiement des premiers compteurs, la CNIL a diligenté, le 7 juillet 2016, une mission de vérification au sein de la société Enedis, afin de vérifier le respect concret des exigences précitées. Elle a effectué deux visites sur place, les 21 et 22 juillet 2016, au vu du résultat desquelles elle a clôté, le 9 juillet 2017, la procédure de contrôle.

Dans l'intervalle, plusieurs municipalités, dont les trois requérantes, ont décidé de saisir la CNIL, par courriers types, pour lui demander de se rendre sur place constater qu'Enedis ne remplissait pas ses obligations. Eclairée par les résultats de son contrôle sur place, la CNIL estimant être saisie de plaintes des communes sur le fondement de l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978 dite informatique et libertés, a fait aux plaignantes des réponses détaillées sur les exigences en vigueur et leur respect par Enedis, en conséquence de quoi elle a clôturé leur plainte. Les trois communes ont alors attaqué cette clôture devant vous.

Par votre récente décision *L...* (CE, 21 juin 2018, n° 416505, à mentionner aux tables), vous avez précisé le cadre de justiciabilité des décisions de la CNIL statuant sur une plainte formée devant elle. Vous avez limité le droit de l'auteur d'une plainte à saisir le juge au refus de la CNIL d'engager une procédure de sanction. Votre contrôle consiste donc seulement à vérifier qu'il n'y a ni erreur de fait ou de droit, ni erreur manifeste d'appréciation à avoir refusé d'enclencher la machine disciplinaire

Vous n'avez toutefois pas eu, ni dans ces décisions, ni dans les précédents, eu à vous préoccuper de l'intérêt pour attaquer un refus par la CNIL de donner suite à une plainte, c'est à dire d'engager une procédure disciplinaire.

A première vue, n'importe qui peut saisir la CNIL d'une plainte et attaquer ensuite sa clôture devant vous. Le premier point découle du libellé du c du 2° de l'article 11 de la loi informatique et libertés, qui prévoit que la CNIL « reçoit les réclamations, pétitions et plaintes relatives à la mise en œuvre des traitements de données à caractère personnel et informe leurs auteurs des suites données à celles-ci » sans autre forme d'indication quant à la qualité requise pour former une plainte. Le second découle du libellé de votre jurisprudence, qui veut que

¹ Recommandation prise au visa de l'avis 12/2011 du Groupe de l'Article 29 du 4 avril 2011 sur les compteurs intelligents et de la recommandation 2012/148/UE de la Commission européenne du 9 mars 2012 relative à la préparation de l'introduction des systèmes intelligents de mesure.

l'auteur d'une plainte puisse déférer au juge de l'excès de pouvoir le refus d'engager une procédure (CE, 19 juin 2017, n° 398442, *F...*, à mentionner aux tables).

Si elle peut sembler sympathique, cette ouverture à tous vents de la CNIL et, par son truchement, de votre prétoire, emporte une série d'inconvénients.

En premier lieu, elle cadre assez mal avec l'objet de la mission de régulation confiée à la CNIL et dans laquelle s'inscrit la possibilité de la saisir de plaintes. L'horizon des missions de la CNIL est en effet la protection des données personnelles. Et comme leur nom l'indique, les données personnelles se rattachent à des individus. Il y a quelque chose de paradoxal à admettre que, dans une matière si évidemment incarnée, tout un chacun puisse venir se mêler devant la CNIL de la façon dont sont traitées les données personnelles de quelqu'un d'autre. Et ce d'autant qu'ainsi que vous l'avez confirmé par votre décision *F...*, n° 398442 précitée, l'article 11 confère à l'auteur de la plainte un droit de suite imposant à la CNIL de lui fournir les informations relatives aux suites qui lui sont données, y compris lorsqu'elle débouche sur une sanction, auquel cas doivent lui être communiqués en propre la nature des manquements retenus et de la teneur de la sanction prononcée. Combinée au fait que les textes n'encadrent le dépôt de « réclamations, pétitions et plaintes » d'aucune espèce de formalisme, l'absence d'exigence quant à un intérêt de leur auteur à saisir la CNIL d'un sujet donné débouche sur la possibilité d'une véritable action populaire en matière de traitement de données personnelles.

Or en deuxième lieu, cette ouverture à tous vents place la CNIL dans une situation tout à fait singulière par rapport à la généralité des autorités de régulation. Pour ce qui concerne l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), la possibilité de déposer une plainte puis d'attaquer le cas échéant le refus d'y donner suite, que vous avez consacrée en vous inspirant de la solution retenue à propos de la CNIL (CE, 4 juillet 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications*, n°s 334062, 347163, T. p. 887, inspirée de CE, 28 mars 1997, *S...*, n° 182912, p. 119), est réservée aux tiers intéressés : c'est le fruit de l'article L. 36-11 du code des postes et communications électroniques qui prévoit que l'Arcep peut valablement être saisie d'une plainte « par une personne physique ou morale concernée ». Pour ce qui concerne l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM), à propos de laquelle a été rendue votre décision CE Section, 30 novembre 2007, *T... et a.*, n° 293952, vous avez certes refusé de suivre les conclusions de Laurent Olléon qui proposait une restriction drastique de l'intérêt pour agir contre le refus d'engager une procédure disciplinaire, mais vous vous êtes bornés à ouvrir ce dernier aux assurés, ce qui n'est tout de même pas tout le monde. Pour ce qui est de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), seul le ministre, les organisations professionnelles, les associations agréées d'utilisateurs et les personnes concernées peuvent demander l'engagement d'une procédure de sanction. Même chose devant le CSA, où seules certaines organisations et associations sont habilitées par l'article 42 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 à demander l'engagement de la procédure de mise en demeure, ce qui explique que vous leur réserviez le recours pour excès de pouvoir contre le refus de l'engager (CE, 23 avril 1997, *Société des auteurs et compositeurs dramatiques et autres*, p. 163 ; sur la fermeture aux concurrents – mais dans des cas où la procédure de sanction avait été dans un premier temps engagée : CE, 11 mars 1998, *Société NRJ*, n° 172334, T. p. 1153 ; CE, 8 avril 1998, *Société NRJ*, n° 172333, T. p.).

En troisième lieu, ouvrir à tous la possibilité de saisir utilement la CNIL d'une plainte assortie d'un droit de suite conduit mécaniquement à consacrer la possibilité d'une action populaire devant vous. Il va sans dire qu'une telle situation serait incongrue dans votre jurisprudence, qui exige toujours, même si elle l'apprécie largement, l'existence d'un intérêt direct et certain du requérant à voir la décision qu'il attaque disparaître. Et vous l'exigez vraiment, c'est-à-dire que vous ne vous contentez pas, lorsque la décision attaquée n'est qu'un acte prétexte que tout un chacun a la possibilité de faire naître, de ce que le requérant ait

pris l'initiative de la susciter pour lui ouvrir le prétoire : c'est ainsi que l'intérêt à déférer au juge de l'excès de pouvoir le refus d'abroger un acte réglementaire est ouvert non pas à toute personne qui aurait sollicité l'abrogation du texte et se serait vu opposer un refus, mais aux seules de ces personnes qui, en plus d'avoir pris l'initiative de faire naître un refus, justifient en outre au fond d'un intérêt direct et certain à voir le texte réglementaire disparaître (CE, Assemblée, 20 décembre 1995, *Mme V... et J...*, n^{os} 132183, 42913, p.).

En réalité, vous ne consacrez d'intérêt universel à vous saisir que dans le cas très particulier où le législateur a explicitement instauré un droit universel dans le chef de chaque citoyen sans considération de sa qualité : c'est le cas en matière d'accès aux documents administratifs, où la loi ouvre expressément un droit de tout citoyen à accéder à tout document communicable qu'il sollicite ; ou en matière de grands projets d'infrastructures, pour lesquels le législateur a instauré un droit de tout citoyen même non concerné à bénéficier de la publicité du bilan (CE, 4 octobre 2017, *I... et a.*, p. 310). Mais il n'y a rien de tel dans la loi CNIL, qui instaure un droit de chacun à la protection de ses données personnelles, avec pour corollaire la possibilité de saisir la CNIL pour qu'elle assure efficacement cette protection.

Pour l'ensemble de ces raisons, nous vous proposons donc de préciser votre jurisprudence en jugeant que c'est lorsqu'elle est saisie d'une plainte tendant à la mise en œuvre de ses pouvoirs par une personne concernée par le traitement litigieux que la CNIL est tenue sous, votre contrôle restreint, de procéder à l'examen des faits pour décider de l'engagement ou non d'une procédure disciplinaire.

Une fois cette précision apportée, il faut déterminer si les communes sont des personnes morales concernées par les compteurs Linky.

Dans le premier état de leurs écritures – avant communication du MOP sur le défaut d'intérêt pour agir – les communes se réclamaient de la préoccupation de leurs administrés quant au déploiement de ces compteurs et de leur volonté de relayer auprès d'eux leurs échanges avec la CNIL. Nous serions très hostile à ce qu'une telle revendication caractérise un intérêt suffisant pour saisir la CNIL et le juge. Vous avez toujours dénié aux communes la possibilité de vous saisir pour défendre les intérêts, réels ou supposés, de leurs administrés : c'est tout le sens de la jurisprudence selon laquelle elles n'ont pas intérêt à demander l'annulation de permis de construire délivrés par des communes voisines au motif que le projet serait porteur de nuisances pour leurs propres administrés (CE, 22 mai 2012, *SNC MSE Le Haut des Epinettes*, n^o 326367, T. p.), ni les décisions d'urbanisme négatives prises à l'encontre de leurs administrés par le préfet (CE, 28 juin 1996, *Commune de Bures-en-Bray*, n^o 135333, p.), tandis que les conseillers municipaux n'ont pas intérêt à contester les refus de permis opposés à leurs administrés (CE, 14 octobre 1977, *B...*, n^o 00594, p.). Nous ne voyons pas en quoi les communes seraient plus habilitées à représenter les intérêts de leurs administrés en matière de données personnelles qu'en matière d'urbanisme.

Dans le dernier état de leurs écritures, c'est-à-dire en réponse au MOP, les communes font valoir qu'elles ont un intérêt propre à saisir la CNIL de la question des compteurs intelligents, à raison de l'installation prévisible à moyen terme d'un compteur Linky à l'Hôtel de Ville. Cet intérêt est plus tangible, mais ne nous semble pas non plus suffisant. Vous pourriez d'une part, en l'absence de toute indication quant à la perspective d'installation future de ce compteur, le trouver trop peu certain. En outre, nous restons circonspecte face à la notion de données personnelles de la commune dont le compteur constituerait le traitement. Vous vous êtes certes engagés sur la voie d'une reconnaissance d'un droit à la vie privée des personnes morales, mais dans des configurations très particulières qui ne nous semblent pas topiques : celle des visites domiciliaires, en grande partie parce que l'intrusion dans les locaux de la société rend possible des atteintes à la vie privée du gérant (CE Section,

6 novembre 2009, *Société Inter Confort*, n° 304300, p.), et la communication d'informations sur l'appartenance syndicale des entreprises – là encore avec en ligne de mire l'idée qu'elle peuvent traduire les orientations syndicales des dirigeants (CE, 17 avril 2013, *Ministre c. Cabinet de La Taille*, n° 344924, T. p.). De là à dire que l'enregistrement de la consommation d'électricité de l'Hôtel de Ville constitue un traitement des données personnelles de la commune, personne morale qui n'allume pas la lumière, ouvrant droit à protection de la CNIL, il y a un pas que nous ne sommes pas certaine de franchir. Nous serions plus encline à admettre la recevabilité d'un agent de la municipalité soutenant que la possibilité de suivre la consommation horaire d'électricité attachée à son bureau porte atteinte à sa vie privée. Or la commune n'a pas qualité pour agir au nom de ses agents.

Pour le cas où vous estimeriez les communes recevables, nous précisons toutefois que nous serions d'avis de rejeter leur recours.

Un moyen de procédure est tiré de la méconnaissance de l'article 50 du règlement intérieur de la CNIL, que vous avez jugé opposable (16 février 2015, *M. et Mme A... et M. N...*, n° 362781, T. p.), et qui prévoit qu'en cas de plainte, « l'objet de la plainte est communiqué au responsable du traitement mis en cause (...) afin que celui-ci fournisse toutes les explications utiles ». On pourrait douter de son invocabilité par l'auteur de la plainte, dans la mesure où cette obligation de communication constitue pour partie une garantie offerte à la personne visée par la plainte, mise en mesure de s'expliquer. Mais il est vrai qu'il constitue pour partie aussi une garantie que la CNIL soit suffisamment éclairée. De toute façon, l'article 50 dispense la CNIL de communication lorsqu'elle « estime nécessaire de procéder à un contrôle sur place pour constater directement les faits rapportés ». Le texte n'envisage certes pas l'hypothèse d'espèce, où la CNIL a déjà procédé à un contrôle sur place lorsque des plaintes portant exactement sur les éléments vérifiés lui parviennent. Il reste que la logique de dispense en cas de contrôle nous semble devoir jouer y compris dans cette chronologie atypique : puisque la CNIL s'est déjà déplacée demander à Enedis des explications sur site, la valeur ajoutée d'une nouvelle communication de l'objet identique de la plainte pour obtenir des explications serait parfaitement nulle.

Sur le fond, la société reproche à la CNIL de ne pas avoir engagé de procédure disciplinaire alors que, selon elle, Enedis se rendait coupable de six manquements. Votre office face à un tel moyen est uniquement de vérifier que la CNIL qui, loin de rester inerte, avait spontanément fait usage de ses pouvoirs de régulation en engageant une procédure de contrôle, n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en n'engageant pas également une procédure de sanction. Vous jugez en effet que, comme toutes les autorités de régulation, la CNIL dispose, dans le choix d'exercer ou non son pouvoir disciplinaire, d'un large pouvoir d'appréciation lui permettant de tenir compte de la gravité des manquements allégués, du sérieux des indices relatifs à ces faits, de la date à laquelle ils ont été commis, du contexte dans lequel ils l'ont été et, plus généralement, de l'ensemble des intérêts généraux dont elle a la charge. Il ne suffit donc pas que le dossier laisse entrevoir la probabilité d'un manquement pour que vous annuliez la décision de ne pas sanctionner et obligiez donc la CNIL à engager une telle procédure : il faut que, compte tenu des faits en cause, replacés dans leur contexte, la décision de ne pas poursuivre soit proprement aberrante. Ce point nous conforte dans la nécessité d'introduire une clause d'intérêt pour agir, car l'on voit bien qu'un tel contrôle trouve mieux à s'exercer pour des manquements incarnés dans une réalité personnelle que pour des manquements d'ordre général comme ceux qu'invoque la commune dont les données ne sont pas traitées et qui n'apporte pas d'élément sur les modalités et conséquences concrètes des manquements allégués.

Sur les six manquements, deux peuvent être extraits du débat car il ne concerne pas la mission de régulation dont la CNIL a la charge : il s'agit du non-respect par Enedis, d'une part,

de l'égalité entre les consommateurs, ceux qui n'ont pas accès à internet pouvant difficilement accéder à leur « espace consommateur » en ligne, et d'autre part, des dispositions de l'article D. 341-21 du code de l'énergie qui dispose que la courbe de charge est enregistrée au pas horaire. Il n'appartient en effet à la CNIL que de vérifier le respect par les responsables de traitement de la loi informatique et libertés et des dispositions réglementaires qui en procèdent. Vous avez même jugé que ses propres délibérations ne comptaient pas au nombre des mesures contraignantes dont elle pouvait sanctionner la méconnaissance en tant que telle, même si elle peut bien entendu s'en servir comme grille de lecture pour caractériser une méconnaissance de la loi informatique et libertés (CE, 11 mars 2015, *Société Total Raffinage Marketing et Société Election Europe*, n^{os} 368748, 368819, T. p.).

Dans les quatre manquements qui restent, on retrouve la question du pas de mesure de la courbe de charge, qui serait trop faible : les compteurs déployés par Enedis sont réglés par défaut pour un enregistrement toutes les trente minutes, alors qu'un réglage à soixante minutes, moins intrusif, est possible, et que c'est d'ailleurs pour tenir compte de l'avis formulé par la CNIL que le pouvoir réglementaire a retenu le « pas horaire » dans le code de l'énergie. En réalité, la seule chose que la CNIL ait véritablement recommandé au nom de la protection des données personnelles, c'est que les paramètres de réglage des compteurs soient, par défaut, les plus protecteurs possibles pour les usagers et qu'à cette fin, les mesures techniques mises en œuvre dans les compteurs rendent strictement impossible la collecte de la courbe de charge à un pas inférieur à 10 minutes. Il est certain qu'un pas de mesure de 60 minutes est un idéal à atteindre et que la mise en œuvre d'une fréquence plus resserrée doit être un point de vigilance pour la CNIL. Mais il est difficile de dire qu'il y a erreur manifeste d'appréciation à ne pas avoir estimé qu'à soi seule, la mise en œuvre en phase de déploiement d'un pas de mesure de 30 minutes par défaut justifiait de diligenter une procédure de sanction plutôt qu'une régulation souple. Une telle erreur manifeste ne serait caractérisée qu'au cas où Enedis aurait mis en œuvre un pas de mesure de 10 minutes ou moins.

Pour ce qui est l'obligation de recueil du consentement des usagers à l'enregistrement de leurs données, les communes peinent à caractériser un manquement en se bornant à citer la documentation technique diffusée par Enedis, qui précise que les données ne sont collectées et communiquées à des tiers qu'avec consentement exprès, et les conditions générales de vente, qui affirment bien que les données appartiennent au client. On se doute bien qu'en pratique, les usagers sont assez largement captifs. Mais on touche là encore aux limites de la plainte désincarnée des communes, là où la plainte d'un usager démontrant que des données sont collectées sans ou contre son consentement serait plus convaincante. A ce stade, dès lors que la CNIL affirme ne pas avoir détecté de problème du côté du gestionnaire de réseau Enedis lors de ses investigations sur place – alors qu'à l'inverse, elle vient d'adresser, côté fournisseur, une mise en demeure à Direct Energie sur la question du consentement, il est difficile de caractériser une erreur manifeste d'appréciation. Quant au manquement allégué à l'obligation de notification aux usagers des violations de leurs données, elle vient d'une phrase de la délibération de 2012 recommandant cette pratique en anticipation de l'entrée en vigueur d'exigences européennes en ce sens. Mais les communes ne font en tout état de cause état d'aucune violation de données qui semblerait n'avoir pas été notifiée.

Pour finir, il appartient aux tiers destinataires des données, et pas à Enedis, de veiller à ce que leurs personnels soient bien habilités à en être destinataires. Il ne saurait donc y avoir de quoi engager une procédure de sanction contre Enedis à ce titre.

Nous croyons donc qu'il n'y a pas d'erreur manifeste d'appréciation à ne pas avoir engagé de procédure de sanction.

PCMNC – Rejet, à titre principal pour irrecevabilité.