

## **CONCLUSIONS**

### **M. Laurent DOMINGO, Rapporteur public**

La politique de l'emploi en faveur des personnes en situation de handicap comporte plusieurs volets et notamment la reconnaissance du handicap, des dispositifs d'aides et d'accompagnement et une politique d'insertion professionnelle et d'accompagnement permettant l'accès et le maintien dans l'emploi.

Ce n'est pas Pôle emploi qui assure directement cette mission spécifique d'insertion professionnelle, mais des organismes de placement spécialisés, prévus à l'article L. 5214-3-1 du code du travail, et aujourd'hui regroupés au sein du réseau Cap Emploi, piloté par le Conseil national handicap et emploi des organismes de placement spécialisés (Cheops).

Cependant, en 2021, pour offrir une offre globalisée en matière d'emploi aux personnes en situation de handicap, les pouvoirs publics ont décidé, comme un prélude partiel et embryonnaire à ce qui deviendra vraisemblablement France Travail, de rapprocher Pôle emploi et les Cap emplois (convention conclue entre le ministère, Pôle emploi, Cheops, AGEFIPH et FIPHFP) : physiquement, en transférant les conseillers Cap Emploi dans les agences Pôle emploi pour créer des lieux d'accueil uniques ; techniquement, en créant un fichier unique de gestion des demandeurs d'emploi en situation de handicap, au lieu de deux précédemment.

Ce fichier a été autorisé par un décret n° 2022-1161 du 17 août 2022 relatif à la création d'un traitement de données à caractère personnel dénommé « Traitement des données de santé nécessaires à l'accompagnement adapté des demandeurs d'emploi en situation de handicap ».

Ce traitement a pour finalités : 1° L'information, l'accueil, l'orientation et l'accompagnement de manière adaptée des demandeurs d'emploi en situation de handicap vers l'emploi ; 2° L'élaboration et le suivi du projet personnalisé d'accès à l'emploi ; 3° L'attribution et le versement d'aides et la mobilisation de prestations ; 4° La gestion électronique des documents ; 5° La production de statistiques et d'indicateurs.

L'association Act Up vous demande d'annuler ce décret.

Vous pourrez admettre l'intérêt à agir de cette association, dans la mesure où elle défend les intérêts des personnes atteintes par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH). Contrairement à ce qu'elle soutient, nous allons y revenir, le fichier en question ne comporte aucune mention de ce que tel ou tel demandeur d'emploi est porteur du VIH, mais il n'en demeure pas moins que, compte-tenu des conséquences de cette infection et des traitements administrés, les personnes atteintes du SIDA peuvent être reconnues comme travailleurs handicapés et peuvent donc figurer dans le fichier lorsqu'ils s'adressent à Pole emploi ou à Cap emploi en vue de leur insertion professionnelle. A notre sens, cette circonstance tirée de ce que les personnes atteintes du VIH, dès lors qu'elles sont reconnues en situation de handicap, peuvent figurer dans le fichier suffit à justifier de l'intérêt à agir d'Act Up Paris.

I. Commençons par les trois moyens de légalité externe, d'inégale valeur.

A. Il est soutenu que le décret attaqué est intervenu au terme d'une procédure irrégulière, faute d'analyse d'impact préalable. Mais le moyen est inopérant. En effet, l'analyse d'impact à réaliser en cas de risque élevé pour les droits et les libertés des personnes physiques, doit être préalable, car transmise à la CNIL saisie pour avis, pour les seuls fichiers relevant de la directive police-justice (directive n° 2016/680 du 27 avril 2016, article 27), c'est-à-dire dans les cas prévus à l'article 90 de la loi du 6 janvier 1978 (Titre III), v. 24 décembre 2021, LDH et autres, n° 447513, B. En revanche, pour les fichiers relevant, comme en l'espèce, du RGPD (règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016, article 35), l'analyse d'impact doit être réalisée préalablement à la mise en œuvre du traitement et non pas nécessairement à son autorisation (article 62 de la loi du 6 janvier 1978, titre II), v. 6 novembre 2019, Fédération des acteurs de la solidarité et autres, n° 434376-434377, B.

A noter qu'en l'espèce, deux analyses d'impact ont été réalisées, l'une sur le partage des informations entre Pôle emploi et Cap emploi, l'autre sur la collecte d'informations de santé dans le traitement de données.

B. Il est ensuite soutenu que le décret en litige aurait dû être pris après consultation du Conseil d'Etat. C'est le moyen de régularité (28 décembre 2009, Syndicat de la Magistrature, n° 312314, T. p. 603) le plus délicat.

Il est tiré de ce que, d'une part, le traitement de données autorisé comporte des données de santé ; d'autre part, que la loi du 6 janvier 1978 implique que cette autorisation de traiter des données de santé relève d'un décret en Conseil d'Etat.

Commençons par confirmer que le traitement de données autorisé comporte effectivement des données de santé, c'est-à-dire une catégorie particulière de données au sens de l'article 9 du RGPD, que l'on retrouve à l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978.

Dans l'affaire B... (10 juin 2021, n°431875, B), vous avez jugé que la mention de ce qu'une personne a été recrutée dans la fonction publique en vertu du décret du 25 août 1995 relatif au recrutement des travailleurs handicapés dans la fonction publique, si elle révèle indirectement que la personne recrutée souffre d'un handicap, ne donne cependant directement aucune

information sur la nature ou la gravité de ce handicap, et ne saurait, par suite, être regardée comme procédant au traitement d'une donnée relative à la santé des personnes considérées, ce qui s'explique par la circonstance qu'une multitude de pathologies ou d'infirmités permet de candidater à cette voie de recrutement.

Mais en l'espèce, le traitement de données ne se contente pas d'indiquer que la personne répond aux critères ouvrant droit aux procédures spéciales d'accès à l'emploi pour les personnes en situation de handicap, mais est beaucoup plus précis, puisqu'il comporte des informations sur le type et l'origine du handicap, le besoin lié à la compensation du handicap, le besoin lié au rétablissement de la personne en situation de handicap permettant d'identifier les modalités de soutien nécessaires à son insertion professionnelle et ses limitations de capacités. Il s'agit de données relatives à la santé. C'est ce qu'indique d'ailleurs le décret.

La loi exige-t-elle un décret en Conseil d'Etat pour autoriser le traitement de ces données ? Cette question fait débat et a pu recevoir des interprétations divergentes.

En dehors des dispositions législatives qui prévoient elles-mêmes qu'un traitement de données est autorisé par un décret de Conseil d'Etat et indépendamment du cas où le gouvernement fait le choix, en opportunité, de soumettre un décret au Conseil d'Etat même si son avis n'est pas obligatoire, la loi du 6 janvier 1978 ne prévoit de décrets en Conseil d'Etat pour autoriser un traitement de données qu'aux articles 31 et 32, qui figurent dans le Chapitre sur les formalités préalables à la mise en œuvre des traitements du Titre portant dispositions communes. L'article 32 sur les données génétiques et sur les données biométriques nécessaires à l'authentification ou au contrôle de l'identité des personnes n'est pas en cause ici.

A l'article 31, le I exige un arrêté ministériel pour autoriser les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'État et qui intéressent la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique ou qui ont pour objet la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté. Son II dispose que « Ceux de ces traitements qui portent sur des données mentionnées au I de l'article 6 sont autorisés par décret en Conseil d'État pris après avis motivé et publié de la commission »<sup>1</sup>.

L'article 6, sur les données dites « sensibles », prévoit lui-même (depuis la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles) que ne sont pas soumis à l'interdiction de traiter ces données, les traitements, automatisés ou non, justifiés par l'intérêt public et autorisés suivant les modalités prévues au II de l'article 31 et à l'article 32.

Il y a eu une divergence d'interprétation, et donc de pratique, sur la portée de ce renvoi de l'article 6 à l'article 31 : il pouvait en effet être lu comme un renvoi à la nécessité de prendre un décret en Conseil d'Etat ; ou comme un rappel de ce que l'article 31 prévoit un DCE pour les fichiers mentionnés à cet article et qui comporteraient des données « sensibles ».

---

<sup>1</sup> Dans la version antérieure de la loi du 6 janvier 1978 (article 26), la présentation était inversée : ces traitements de données sont autorisés par DCE sauf s'ils ne comportent pas de données sensibles, auxquels cas ils sont autorisés par arrêtés.

L'Assemblée générale du Conseil d'Etat, dans un avis du 9 septembre 2021 (n° 403628) rendu à propos d'un projet de décret autorisant la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel dénommé " Livret de parcours inclusif ", publié au Rapport annuel 2021 p. 318 et disponible dans la base ConsiliaWeb, a retenu la seconde interprétation<sup>2</sup>. L'Assemblée générale, après avoir mentionné que l'article 6 a pu donner lieu à des interprétations divergentes, a considéré que cet article ne lui paraît pas pouvoir être lu comme prévoyant que tout traitement de données sensibles justifié par l'intérêt public est autorisé par décret en Conseil d'État.

Nous ne voyons pas de raisons décisives de vous proposer de ne pas retenir la même interprétation, qui correspond en effet à la rédaction de la loi de 1978.

La structure de l'article 6 est en ce sens. Le renvoi au II de l'article 31 commence par un « de même », qui fait écho aux autres exceptions à l'interdiction de traiter des données « sensibles » prévues par l'article 9 du RGPD. Ainsi, l'article 6 rappelle qu'il existe aussi une autre possibilité de traiter des données « sensibles », au titre des articles 31 et 32. Si l'article 6 avait voulu que le traitement de données sensibles ne soit possible qu'avec un DCE, il aurait certainement dit, tout simplement, qu'un DCE est nécessaire.

La structure de l'article 31 est aussi en ce sens. La mention du DCE au II commence par un « ceux de ces traitements », qui ne peut se comprendre que comme visant les traitements de données du I, soit les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'État et qui intéressent la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique ou qui ont pour objet la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté. Ce n'est donc que lorsque ces traitements comportent des données sensibles qu'un DCE est nécessaire. Ou alors lorsqu'une autre loi le prévoit spécifiquement.

En l'espèce, le traitement des données de santé nécessaires à l'accompagnement adapté des demandeurs d'emploi en situation de handicap n'est pas un traitement de l'article 31. Aucune autre disposition, notamment dans le code du travail, ne prévoit qu'il soit autorisé par DCE. Le moyen doit donc être écarté.

C. Et par voie de conséquence, doit également être écarté, en tout état de cause, le troisième moyen de régularité, tiré de ce que l'avis de CNIL, régulièrement consultée, n'a pas été publié, car il n'y a pas d'obligation pour le pouvoir réglementaire de publier l'avis de la CNIL, sauf si le traitement est autorisé par DCE.

II. Abordons maintenant la légalité interne du décret. Les moyens soulevés présentent, là aussi, des difficultés variables.

---

<sup>2</sup> Sur l'avis rendu sur ce décret, v. l'opinion différente défendue par Arnaud Skrzyrbak dans ses conclusions sur 30 décembre 2021, Sté Gerbi Avocat Victimes et préjudices et autres, n° 440376 ; contra. Alexandre Lallet, conclusions sur 27 mars 2020, CRPA et autres, n°s 431350, 432306, 432329, 431530, 432378, 435722, B, note de bas de page 26.

A. L'association requérante remet tout d'abord en cause ce qu'elle désigne comme étant les finalités légitimes du traitement de données, mais en réalité ce ne sont pas ses finalités (mentionnées supra) qui sont contestées pour elles-mêmes, mais la nécessité même de créer un nouveau traitement de données, alors qu'il en existe déjà, notamment à Pole Emploi ou dans les MDPH.

C'est un moyen que l'on rencontre régulièrement en matière de traitement de données<sup>3</sup> et que nous peignons à comprendre. De deux choses l'une en effet. Soit il existe déjà un fichier exactement identique à celui autorisé et alors on ne voit effectivement pas l'intérêt d'en autoriser un nouveau. Soit il existe d'autres fichiers dans lesquels sont enregistrées les personnes en situation de handicap, y compris pour répondre à des besoins en matière d'emploi, mais dès lors que ces autres fichiers et le nouveau fichier autorisé n'ont pas les mêmes finalités, et donc n'ont pas nécessairement vocation à traiter les mêmes données, ne seront pas utilisés par les mêmes services ou les mêmes personnes, pourront avoir des durées de conservation différentes, auront des règles d'accès et de destinataires différentes, il apparaît alors, au contraire de ce qui est soutenu, opportun et même nécessaire de créer ce nouveau fichier. Les droits des individus nous semblent d'autant mieux garantis que leurs données sont traitées dans des fichiers distincts et, à défaut d'être cloisonnés, dont les liens possibles sont encadrés, plutôt que dans un gigantesque fichier unique créé pour répondre à tous les besoins de tous les services.

En l'espèce, les fichiers des MDPH ne servent pas à l'insertion professionnelle, mais à la RQTH. Quant au fichier de Pôle emploi, il est précisément mis en commun avec Cap emploi par le présent décret. Le moyen doit donc être écarté.

B. L'association Act Up Paris soutient aussi que le décret méconnaît la règle du consentement préalable au traitement des données de santé. Mais, comme l'a relevé la CNIL dans son avis du 21 avril 2022, le traitement de données en litige, qui sert à la mise en œuvre d'une politique publique de lutte contre les discriminations et pour l'égalité professionnelle à destination des personnes en situation de handicap, est fondé sur l'exception prévue au g. du § 2 de l'article 9 du RGPD, soit un motif d'intérêt public important, et n'avait donc pas à mettre en œuvre l'exception du a. de ce § 2 relative au consentement de la personne concernée.

Le moyen ne peut donc qu'être écarté, tout en précisant au surplus que, comme l'a également souligné la CNIL dans son avis, dès lors que la collecte des données se fait essentiellement sur la base des déclarations des personnes concernées, celles-ci doivent demeurer libres de dévoiler ou non certaines informations relatives à leur handicap, dès lors qu'elles considèrent que des informations ne sont pas strictement nécessaires à leur accompagnement vers l'emploi.

---

<sup>3</sup> V. par ex. 24 septembre 2021, Médecins du Monde et autres, n°441317 ; 24 décembre 2021, Ligue des droits de l'Homme et autre, Confédération Générale du Travail et autres, Association La Quadrature du Net, Conseil National des Barreaux, Collectivité de Corse et autres, n°s 447513, 447973, 449461, 448059, 449299, B.

C. Sont ensuite critiquées les catégories de données traitées, au regard des principes de nécessité et de minimisation et du droit au respect de la vie privée, et plus spécifiquement deux d'entre elles : l'origine du handicap ; le besoin lié au rétablissement.

Sur le handicap lui-même, le décret prévoit la collecte d'informations sur le type de handicap et sur l'origine du handicap. S'agissant du besoin lié au rétablissement, il s'agit des données qui permettent d'identifier les modalités de soutien nécessaires à l'insertion professionnelle, y compris les habitudes de vie et les interactions sociales.

Compte-tenu des explications fournies par le ministre du travail, du plein emploi et de l'insertion, nous considérons que ces données, qui permettent, dans de nombreux cas, d'adapter l'offre d'insertion professionnelle proposée aux personnes en situation de handicap, sont nécessaires au regard des finalités du traitement.

La crainte qu'exprime cependant l'association Act Up Paris est double : que puissent être néanmoins collectées des données qui ne sont pas strictement nécessaires au regard des finalités poursuivies ; que puissent être collectées des données particulièrement intrusives dans la vie privée, comme par ex. l'infection par le VIH.

Ces craintes doivent être dissipées, car, dans le traitement de données tel qu'il est autorisé et tel qu'il doit fonctionner, il n'est en aucune manière prévu ni même possible, en droit, d'indiquer qu'une personne est en situation de handicap à raison de son infection par le VIH.

Mais il n'en demeure pas moins que la question que suscite le moyen est de déterminer dans quelle mesure le décret, en tant qu'il autorise le traitement de données, devait lui-même comporter des précisions de nature à respecter les principes de nécessité et de minimisation des données au regard des finalités du traitement.

Il ressort en effet des pièces du dossier, et c'est avec ces explications que le projet de décret a été présenté à la CNIL, que, techniquement, les deux catégories de données vont être renseignées différemment.

Pour le type de handicap et l'origine du handicap, le traitement de données comportera des menus déroulants, avec les choix suivants : pour le type de handicap : moteur ; maladie invalidante ; visuel ; auditif ; mental ; psychique ; multi handicap ; pour l'origine du handicap : accident ; accident de la voie publique ; accident du travail ; accident de trajet de travail ; accident de droit commun ; maladie ; maladie professionnelle ; handicap de naissance.

En revanche, pour le besoin lié au rétablissement, c'est une zone de commentaire libre qui est prévue.

Dans son avis, la CNIL s'est interrogée « fortement » sur la pertinence des données visées sous ces deux catégories. Et elle a notamment considéré, pour ces deux catégories de données, que les informations du menu déroulant sur l'origine du handicap devraient demeurer

facultatives et celles sur les besoins liés au rétablissement collectées, à défaut de menus déroulants, devraient être renseignées sous une forme standardisée.

Le décret devait-il comporter ces précisions (menus déroulants ; limitation du champ libre ; caractère facultatif de l'information) ?

Il est certain que les catégories de données mentionnées dans l'acte d'autorisation doivent être listées avec suffisamment de précision pour en comprendre le sens et l'étendue et qu'elles ne doivent pas comporter d'ambiguïtés qui pourraient conduire à ce que soient collectées des données qui excèdent le champ de l'autorisation.

Mais ce sont bien des catégories qui sont autorisées, et non une liste exhaustive des données possibles. Si bien que vous n'exigez pas que les auteurs des actes d'autorisation, même s'ils peuvent toujours le faire, entrent dans un degré de détails qui irait jusqu'à désigner et limiter les items d'un menu déroulant ou à énumérer les réponses possibles dans un champ libre (pour une zone de commentaires libres, v. par ex. 13 avril 2021, LDH et autres, n°s 439360 et a., à propos de GendNotes).

En effet, au-delà de l'acte d'autorisation, qui dessine les contours du fichier, c'est au responsable du traitement, sous le contrôle de la CNIL, de traduire, dans la pratique, que ce soit dans l'architecture du traitement ou lors de la saisie des données par les personnes habilitées, les principes de nécessité et de minimisation, mais aussi d'exactitude, des données.

En l'espèce, nous comprenons la catégorie « origine du handicap » comme visant l'événement à l'origine du handicap mais en revanche comme ne recouvrant pas la nature précise de la pathologie qui serait à l'origine du handicap ou les circonstances précises de l'accident qui a généré la pathologie. Nous comprenons également le besoin lié au rétablissement comme ne visant que des informations d'ordre général, y compris le cas échéant qui porteraient sur des habitudes de vie et des interactions sociales, mais ne permettant cependant pas de collecter des données propres à la vie privée.

Dès lors que les catégories de données autorisées, ainsi énoncées, répondent aux finalités du traitement et qu'il est rapP... que les données de chacune de ces catégories ne peuvent être enregistrées dans le traitement que dans la stricte mesure où elles sont nécessaires à la poursuite de ces finalités, si bien qu'elles doivent être limitées et le cas échéant facultatives, les moyens tirés de la méconnaissance des principes de nécessité et de minimisation et du droit au respect de la vie privée pourront être écartés.

D. L'association Act Up Paris soulève enfin des moyens, tirés de la méconnaissance du droit au respect de la vie privée et du secret médical et dirigés contre les règles d'accès aux données du fichier, que ce soit directement pour enregistrement ou consultation de ces données, ou indirectement par transmission de données à des destinataires.

S'agissant de l'accès direct au fichier, contrairement à ce qui est soutenu, la définition retenue par le décret, soit les personnels de Pôle emploi et de Camp emploi désignés et habilités à cette fin, dans la limite de ce qui est nécessaire à l'exercice de leurs missions et dans les



conditions fixées par les responsables conjoints de traitement, n'est pas excessive car elle signifie bien que seul un nombre limité de personnes, et non la totalité des agents des deux organismes, disposera de cet accès au fichier.

En outre, quand bien même les données enregistrées sont des données de santé, aucune règle n'impose que seules des personnes soumises au secret médical puissent accéder directement au fichier. En revanche, les agents habilités seront évidemment astreints au secret professionnel, dont la méconnaissance est sanctionnée par l'article 226-13 du code pénal.

S'agissant de la transmission de données aux personnes désignées et habilitées à cette fin de l'association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des handicapés (AGEFIPH) et du fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique (FIPHFP), dans les limites strictement nécessaires à l'exercice de leurs missions, l'invocation du secret médical de l'article L. 1110-4 du code de la santé publique est inopérante, car il ne s'agit pas, dans ce fichier, d'informations concernant la personne venues à la connaissance de professionnels de santé, si bien que les garanties spécifiques de cet article ne s'appliquent pas (comp. 13 novembre 2023, M. P... et autres, n° 456674).

Mais il n'en demeure pas moins que, s'agissant de données particulières au sens de l'article 9 du RGPD, doivent être observées, conformément à cet article 9, des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée, ce qui, en substance, impose, pareillement au secret médical du code de la santé publique, que la transmission, en dehors du fichier, de données qu'il contient, non seulement soit justifiée par la poursuite d'une finalité légitime, mais aussi ne soit possible que sur consentement de la personne ou si une loi l'a prévu ou si cet accès indirect est la conséquence nécessaire de la mise en œuvre d'une loi.

Or, en l'espèce et sachant que l'une des finalités du fichier est l'attribution et le versement d'aides et la mobilisation de prestations, il résulte du code du travail que l'AGEFIPH est chargée, en vertu des articles L. 5214-1 et L. 5214-3, de la gestion du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés dont les ressources sont destinées à favoriser toutes les formes d'insertion professionnelle des handicapés en milieu ordinaire de travail et notamment les mesures nécessaires à l'insertion professionnelle, au suivi durable et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés dans l'objectif de favoriser la sécurisation de leurs parcours professionnels. Tandis qu'en vertu du code général de la fonction publique, article L. 351-7 et s. (anciennement article 35 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires), le FIPHFP favorise l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des agents handicapés relevant de la fonction publique, notamment à travers le financement de nombreuses actions (v. décret n°2006-501 du 3 mai 2006 relatif au fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique). La transmission de données aux agents habilités de ces deux organismes est la conséquence nécessaire de la mise en œuvre de la loi.

Il en résulte que c'est légalement que le décret attaqué a prévu l'accès indirect des agents habilités de ces deux fonds aux données du fichier, par transmission des seules données nécessaires à l'accomplissement de leurs missions.



PCMNC Rejet de la requête.