

N° 381254

SARL Aderanet et autres

10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> sous-sections réunies

Séance du 23 novembre 2015

Lecture du 18 décembre 2015

## CONCLUSIONS

**Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public**

Que ce soit pour des raisons pratiques, économiques ou même, soutiennent les requérants, écologiques<sup>1</sup>, les dispositifs d'identification biométriques des salariés ont le vent en poupe dans les entreprises. En 2012, à savoir l'année d'adoption de la délibération litigieuse, la CNIL a ainsi enregistré 648 demandes d'autorisation de mise en œuvre de dispositifs biométriques, qui toutes ont été accordées.

La particularité des dispositifs biométriques, qui est d'être basés sur la reconnaissance de caractéristiques anatomiques de l'individu (empreintes, géométrie de la main ou de l'oreille, réseau veineux de la paume, iris, rétine, etc) ou comportementales (voix, démarche, type de frappe sur un clavier) supposées uniques et permanentes, a conduit le législateur à les soumettre à l'autorisation préalable de la CNIL (8° du I de l'article 25 de la loi informatique et libertés, issu de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004). Le principe est donc que toute personne souhaitant mettre en œuvre un traitement automatisé comportant des données biométriques nécessaires au contrôle de l'identité des personnes sollicite, en vertu du I de l'article 25, une autorisation individuelle de mise en œuvre de ce traitement.

Le II de l'article 25 prévoit toutefois que « les traitements qui répondent à une même finalité, portent sur des catégories de données identiques et ont les mêmes destinataires ou catégories de destinataires peuvent être autorisés par une décision unique de la commission. Dans ce cas, le responsable de chaque traitement adresse à la commission un engagement de conformité de celui-ci à la description figurant dans l'autorisation. » Il s'agit en somme d'un système d'autorisation simplifié, par lequel la CNIL avalise par avance, par une délibération cadre couramment appelée « autorisation unique », l'ensemble des traitements entrant dans le champ de cette délibération sous la seule condition de la souscription par le responsable d'une déclaration de conformité. Cette formalité d'autorisation allégée est le pendant, pour les traitements soumis à autorisation, de la procédure prévue pour les traitements relevant en principe d'une simple déclaration qui, lorsqu'ils sont similaires, peuvent faire l'objet d'une déclaration unique (article 23) et qui, lorsqu'ils ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés, peuvent faire l'objet d'une déclaration simplifiée (I de l'article 24), voire même d'une dispense de déclaration (II).

Compte tenu de ce que nous vous avons dit du nombre de demandes relatives à des traitements biométriques, la CNIL a commencé par faire un large usage de la faculté ouverte

<sup>1</sup>

Car ils entraînent la disparition des badges en plastique.

par le II de l'article 25. Elle a ainsi adopté, entre 2006 et 2011, cinq autorisations uniques relatives à de tels traitements. Parmi elles figurait l'autorisation unique n° AU-n° 7, issue de la délibération n° 2006-102 du 27 avril 2006 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements reposant sur la reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalités le contrôle d'accès ainsi que la gestion des horaires et de la restauration sur les lieux de travail.

Elle a fait partiellement machine arrière par une délibération n° 2012-322 du 20 septembre 2012. Cette délibération abroge en son article 10 l'AU n° 7, et ne la reprend en substance que pour les traitements destinés à contrôler l'accès au lieu de travail et aux lieux de restauration, à l'exclusion de ceux dont la finalité est la gestion des horaires des salariés. Pour ces derniers traitements, c'est donc le régime de droit commun de l'autorisation au cas par cas qui a vocation à reprendre ses droits. La délibération précise à leur sujet que « les organismes privés et publics ayant effectué un engagement de conformité à l'autorisation unique n° 7 telle qu'adoptée le 27 avril 2006 et qui ne respectent plus les conditions fixées par la présente norme disposent d'un délai de cinq ans à compter de la publication de la présente délibération pour mettre en conformité leur traitement ».

Les cinq sociétés requérantes éditent et commercialisent des dispositifs biométriques. Dans un premier temps, elles n'ont pas contesté la délibération du 20 septembre 2012. Puis, constatant peut-être qu'elle avait une incidence à la baisse sur leurs chiffres de vente, elles en ont demandé l'abrogation à la CNIL en février 2014, avant d'attaquer le refus implicite, auquel s'est substituée le 27 mai 2014 une décision explicite de refus dont vous avez à connaître. S'agissant d'incidence à la baisse, il convient en effet de relever que le nombre d'autorisations pour la mise en place de dispositifs biométriques demandées à la CNIL est tombé de 648 à 385 entre 2012 et 2013. Il est difficile d'affirmer que cette chute a pour cause la délibération litigieuse, mais le rapprochement est suffisamment plausible pour avoir été fait, avec les précautions qui s'imposent, par le rapport au Sénat sur la proposition de loi visant à limiter l'usage des techniques biométriques (p. 16).

Ces considérations nous amènent à la fin de non-recevoir soulevée par la CNIL, tirée du défaut d'intérêt pour agir des requérantes.

Vous n'avez jamais été saisis de décisions de la CNIL relatives au choix de soumettre ou non certains fichiers à la procédure d'autorisation unique de l'article 25. Et si vous avez déjà accepté de connaître d'un litige, engagé par des parents d'élèves, portant sur la dispense de déclaration des traitements relatifs à la gestion des écoles et des établissements d'enseignement secondaire, votre décision de rejet est muette sur la recevabilité (CE, 16 février 2015, *M. et Mme B... et M. D...*, n° 362781, T. p).

Il nous semble bien que de telles décisions, qu'elles allègent la procédure ou au contraire refusent un allègement, voire reviennent comme en l'espèce sur un allègement préalablement consenti, font effectivement grief. Reste à savoir à qui.

S'agissant de la délibération qui nous occupe, la CNIL soutient qu'elle ne fait grief qu'à ceux des responsables de traitements biométriques qui avaient obtenu une autorisation par déclaration de conformité à l'autorisation unique initiale et qui ne sont plus dans le champ de l'autorisation unique remaniée. Ce point est certain, ne serait-ce que par la caducité organisée pour eux par les dispositions transitoires. Nous n'aurions pas non plus de difficulté

à admettre que des requérants qui établiraient sérieusement être en passe de se doter d'un système biométrique et de solliciter pour lui une autorisation de la CNIL seraient également recevables.

S'agissant des sociétés éditrices de dispositifs biométriques, nous reconnaissons que l'intérêt est moins direct. Une approche réaliste de l'impact de la régulation sur l'activité du secteur et de l'effet dissuasif du signal envoyé par la CNIL par ce type de délibération nous convainc de l'estimer suffisant. En tout état de cause, nous ne disons cela que pour laisser une trace dans votre esprit de notre position sur ce point. Car si tout se passe bien, c'est-à-dire si vous nous suivez, vous rejetterez au fond et pourrez traiter la recevabilité par préterition.

Le premier moyen procède d'un malentendu durable entre la CNIL et les requérantes quant à la portée de la délibération. La première soutient avoir seulement entendu extraire les traitements utilisés pour le contrôle des horaires du champ de la procédure simplifiée, les secondes qu'elle a purement et simplement interdit par principe tous les traitements biométriques ayant cette finalité. Les sociétés déduisent de leur vision des choses que la CNIL a excédé les limites de sa compétence.

Dans ce débat, votre rapporteur public est du côté de la CNIL, mais trouve aux sociétés de sérieuses circonstances atténuantes.

Du côté de la CNIL parce que dans la partie contraignante de la délibération, il n'est bien traité que du champ de la procédure simplifiée, et expressément précisé que « Tout traitement automatisé de données à caractère personnel reposant sur l'utilisation d'un dispositif de reconnaissance du contour de la main qui n'est pas conforme aux dispositions qui précèdent doit faire l'objet d'une demande d'autorisation auprès de la commission dans les formes prescrites par les articles 25-1 (8°) et 30 de la loi du 6 janvier 1978 ».

Des circonstances atténuantes parce que dans les « observations » qui précèdent le dispositif à proprement parler de la délibération, la CNIL n'hésite pas à affirmer que, parmi les experts qu'elle a été amenée à consulter, « un consensus s'est clairement exprimé considérant l'utilisation de la biométrie aux fins de contrôle des horaires comme moyen disproportionné d'atteindre cette finalité » en ajoutant que « même si le contour de la main est une biométrie dite « sans trace » - *c'est-à-dire qu'on ne peut la collecter à l'insu de la personne* – son recours implique d'utiliser une partie de son corps, ce qui est en soi disproportionné au regard de la finalité de gestion des horaires ». La littérature dont la CNIL a entouré la publication de la délibération (fiches techniques, communiqué de presse) laisse peu de doute sur l'opposition de principe que cette dernière affiche désormais à l'encontre de tout traitement biométrique ayant une finalité autre que l'accès aux locaux sécurisés, la protection d'effets personnels ou confidentiels des agents ou la gestion des services de restauration<sup>2</sup>.

On touche du doigt l'essence même de la régulation, qui repose sur l'envoi aux opérateurs de signaux, le cas échéant dissuasifs, dont l'efficacité concrète est palpable, mais

---

<sup>2</sup> A cet égard, si la CNIL fait valoir en défense qu'il lui est de délivrer une autorisation individuelle à un traitement biométrique n'entrant dans le champ d'aucune autorisation unique, nous relevons que ledit traitement avait pour finalité le contrôle de l'accès à des lieux sécurisés, soit précisément l'une des finalités que la CNIL « accepte » selon ses fiches thématiques (délibération n° 2014-370 du 25 septembre 2014).

difficilement saisissable par le droit. Votre jurisprudence s'est adaptée pour en saisir les manifestations extrêmes, celles par lesquelles l'autorité de régulation édicte des dispositions générales et impératives ou encore des prescriptions individuelles dont elle pourrait censurer la méconnaissance en faisant usage de son pouvoir de sanction (CE, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, n° 357193, p.). Nous ne croyons pas que le signal envoyé par l'introduction de délibération litigieuse remplisse en lui-même ces critères et pensons qu'il entre au contraire au nombre des agissements du régulateur que le juge accepte de laisser dans l'ombre au nom du large pouvoir d'appréciation de celui-ci (v. sur ce point la chronique de la décision *Société Casino Guichard-Perrachon*, n° 357193, p., significativement intitulée « *Big stick et soft power* »). Ce signal n'est donc pas saisissable en tant que tel et il nous semble loisible à la CNIL de continuer de dissuader à l'abri de toute censure *erga omnes* les acteurs les plus impressionnables de mettre en place des traitements biométriques à des fins de contrôle des horaires. Les plus pugnaces iront, pour leur part, jusqu'à solliciter une autorisation, cette fois sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

Le débat contentieux relatif au refus d'abroger la délibération étant ainsi cantonné à la portée décisive de cette dernière, qui n'a ni pour objet ni pour effet d'interdire la mise en place de traitements biométriques n'entrant pas dans le champ de l'autorisation unique, le moyen tiré de l'incompétence de la CNIL ne peut pas prospérer.

Le second moyen de légalité est inopérant : il est tiré de ce que le flou de la délibération quant aux organisations syndicales et aux professionnels du secteur que la CNIL affirme avoir consultés ne permet pas d'identifier ces derniers et de s'assurer qu'elle a procédé à suffisamment de consultations. Les requérantes en déduisent une méconnaissance de l'article 24 de la loi informatique et libertés. Mais cet article, qui prévoit en son I que pour certaines catégories de traitement, la CNIL « établit et publie, après avoir reçu le cas échéant les propositions formulées par les représentants des organismes publics et privés représentatifs, des normes destinées à simplifier l'obligation de déclaration », n'ouvre qu'une faculté, et ne concerne en tout état de cause pas les traitements soumis à autorisation, qui relèvent de l'article 25.

L'examen des deux moyens de fond, qui pointent une erreur de méthode et une erreur d'appréciation, nécessitent que vous précisiez tout à la fois le contrôle que vous entendez opérer et les critères que doit manier la CNIL pour refuser de recourir à l'autorisation unique pour un certain type de traitement.

S'agissant en premier lieu de l'intensité de votre contrôle, nous relevons que dans l'affaire CE, 16 février 2015, *M. et Mme B... et M. D...* n° 362781, vous avez choisi, contrairement aux conclusions d'Edouard Crépey sur ce point, d'exercer un contrôle normal sur le choix fait par la CNIL de dispenser de toute déclaration un traitement sur le fondement du II de l'article 24. Cette décision, que nous expliquons tant par le fait que la dispense de déclaration est une dérogation forte aux principes protecteurs de la loi informatique et libertés que par la circonstance que le contrôle de l'erreur de droit dans le maniement des critères légaux ouvrant cette faculté (notamment l'exigence que le traitement ne soit pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés) implique de toute façon un entier contrôle, nous convainc de ce que vous devez contrôler de la même façon la décision de la CNIL de faire bénéficier une catégorie de traitements du système simplifié de l'autorisation unique.

Nous ne sommes pas certaine qu'il doive en aller de même dans le cas symétrique où la commission refuse de faire bénéficier une catégorie de traitements de cette facilité. En pareil cas, la commission ne déroge pas aux principes de la loi informatique et libertés, dont l'objet est de protéger les données personnelles et non de faciliter leur exploitation (v. sur ce point votre récente décision CE, 9 novembre 2015, *Société les éditions Néressis*, n° 384673, T. p.). Nous nous accommoderions volontiers de ce que ce choix relève de l'opportunité pour la CNIL, certes sous l'œil du juge, mais avec un regard distant. Nous relevons qu'il n'est d'ailleurs pas rare, dans les cas où le législateur ouvre une faculté à l'administration, que vous exerciez un contrôle asymétrique, entier lorsqu'elle choisit de l'exercer, restreint quand elle décide de ne pas la faire jouer (v., pour la possibilité de refuser un permis de construire sur le fondement de l'article R. 111-21 du code de l'urbanisme, CE, Assemblée, 29 mars 1968, *Société du lotissement de la plage de Pampelonne*, p. 210).

Nous concédons toutefois que le contrôle restreint est (un peu) plus délicat à défendre dans l'hypothèse où la CNIL ne se contente pas de refuser l'application du régime dérogatoire favorable, mais renonce comme en l'espèce à l'application de ce régime pour en revenir au droit commun. La conséquence pour les traitements en cours d'exploitation, à savoir la nécessaire remise en jeu de l'autorisation, pourrait plaider à nouveau pour un renforcement du contrôle.

Or nous aurions l'impression, en vos proposant de consacrer un contrôle non seulement asymétrique, mais assorti en outre d'une exception, de nous livrer à un numéro de singe savant juridique peu recommandable. Aussi nous résolvons-nous, pour le cas où vous seriez sensible à la dernière hypothèse que nous avons mentionnée, à suggérer pour l'ensemble un contrôle normal qui, après tout, doit être la norme de votre office – tout en restant convaincue qu'un contrôle restreint n'aurait rien de scandaleux.

Ce contrôle d'appréciation, reste à définir au regard de quoi vous l'exercerez. La loi ne pose qu'une condition de fond – l'autorisation unique ne peut couvrir que des traitements partageant une même finalité, portent sur des catégories de données identiques et ayant les mêmes destinataires – sans formaliser aucun critère gouvernant le choix d'y recourir ou non.

Un tel critère nous semble dicté par la raison d'être du contrôle de la CNIL – vérifier la proportionnalité des données collectées à la finalité du traitement – combiné à l'effet de l'autorisation unique – dispenser d'examen au cas par cas certains traitements. Dans ces conditions, il nous semble que la CNIL est fondée à refuser le recours à l'autorisation unique chaque fois qu'elle identifie, sous votre contrôle, un risque de disproportion suffisamment sérieux pour disqualifier un blanc-seing de principe et justifier un contrôle *a priori* des spécificités du traitement.

Se plaçant spontanément dans ce cadre, la société soutient que la commission aurait commis une erreur de droit en relevant un risque de disproportion potentielle, non pas entre les données collectées et les finalités du traitement, mais entre ces finalités et les modalités de collecte. Le raisonnement s'adosse à l'affirmation de la CNIL selon laquelle les traitements en cause « implique[nt] d'utiliser une partie de son corps ». L'argument nous semble spécieux, la CNIL ayant bien logé sa réticence dans la donnée collectée elle-même – le contour de la main qui, précisément, est une partie du corps – et non dans la modalité de collecte. La difficulté identifiée par la CNIL tient non pas à ce qu'on impose aux employés de se soumettre à une

opération de recueil du contour de leur main, puis de poser chaque matin leur paume sur un détecteur, mais bien à la nécessité de collecter et de conserver dans un traitement ces contours, par nature plus durablement identifiants que ne le seraient des données non biométriques (car à moins de se couper la main, l'employé ne peut pas y renoncer) et dès lors plus vulnérables aux risques induits par l'insertion dans un fichier.

Or pour cette même raison, nous croyons infondé également le moyen d'erreur d'appréciation. Le législateur a affirmé caractère plus sensible que la moyenne des données biométriques en exigeant que leur collecte soit par principe soumise à autorisation. Cette circonstance ne suffit pas à établir un risque de disproportion critique, sans quoi il aurait interdit que les traitements biométriques fassent l'objet d'une autorisation unique. Elle implique toutefois un degré d'exigence élevé quant aux finalités justifiant leur traitement et aux garanties l'entourant. Vous en avez déjà pris acte dans vos décisions CE, Assemblée, 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827, p. 505, éclairée par les conclusions de Julien Boucher ou encore CE, 7 mai 2012, *Groupe d'information et de soutien des immigrés et autres*, n° 351396, T. p. et le Conseil constitutionnel lui-même a relevé, il est vrai à propos de données biométriques à trace, qu'elles « sont particulièrement sensibles » et justifient un niveau de protection élevé (décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012).

Dans ces conditions, la distinction qu'opère la CNIL entre, d'une part, les finalités qui demeurent du périmètre de l'autorisation unique – accès aux locaux faisant l'objet d'une restriction de circulation et gestion, avec système de paiement associé, de la restauration d'entreprise — et, d'autre part, la finalité de gestion des horaires, nous semble pertinente. Dans le cas de l'accès aux locaux, l'authentification répond à un motif de sécurité qui profite à l'employé et dont le caractère impérieux justifie qu'on mobilise le surcroît d'efficacité permis par les techniques biométriques. Dans le cas du paiement des repas, on peut encore soutenir que l'intérêt pour l'employé de l'anéantissement, par la technique biométrique, des risques d'usurpation de carte de paiement contrebalance d'autant l'atteinte portée à sa vie personnelle. La finalité de gestion des horaires, pour sa part, n'est utile qu'à l'employeur. Le risque d'atteinte à la vie personnelle, plus fort que pour la gestion de la restauration, dans la mesure où le traitement permet de contrôler les allées et venues de l'employé, ne répond pas à des motifs d'intérêt général comparables à ceux des dispositifs de contrôle d'accès aux locaux sécurisés. Aussi nous semble-t-il raisonnable d'estimer que la proportionnalité de la collecte à la finalité n'est pas par principe acquise, et dépendra au cas par cas des garanties susceptibles de minimiser l'atteinte à la vie personnelle – personnes ayant accès aux données, sécurisation du traitement –, justifiant un examen de détail du paramétrage du traitement plutôt qu'un engagement de conformité aux exigences par construction relativement génériques d'une autorisation unique.

Nous vous proposons donc de juger que le refus d'abrogation litigieux n'est pas illégal, étant entendu qu'une telle décision serait sans préjudice de la possibilité ouverte aux entreprises souhaitant recourir à la biométrie pour la gestion des horaires de solliciter une autorisation spécifique et de vous demander, le cas échéant, l'annulation du refus.

PCMNC – Rejet.