



Les pouvoirs d'enquête et de sanction de la CNIL

La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) est la première institution qualifiée d' « **autorité administrative indépendante** » (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 8, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés), lors de sa création par la loi du 6 janvier 1978 relative à l'information, aux fichiers et aux libertés.

Elle est l'autorité en charge de contrôler le respect des dispositions relatives à la protection des données personnelles. Elle a ainsi pour mission de « **veiller à ce que le développement des nouvelles technologies ne porte atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques** » (<www.cnil.fr/institution/missions/>).



Par Emilie BAILLY

Avocat
Cabinet Vigo

→ RLDA 5122

Dès sa création, la CNIL a disposé d'un important pouvoir réglementaire (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 11, modifiée). Elle est ainsi habilitée à édicter, en vertu de son pouvoir réglementaire, des normes simplifiées ou des dispenses de déclaration concernant certains traitements automatisés de données à caractère personnel (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 24, I, modifiée.), ainsi que des règlements types en vue d'assurer la sécurité des systèmes (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 11, 2°, b, modifiée).

Le législateur a également conféré à la CNIL un véritable pouvoir de contrôle (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 21, 2, modifiée) qui permet à ses membres ou agents de procéder à des « **vérifications sur place** » et de se faire communiquer tout document nécessaire, quel que soit le support, d'en prendre copie, de recueillir tout renseignement utile et d'accéder aux programmes informatiques et aux informations enregistrées. La loi du 6 janvier 1978 prévoyait encore la possibilité pour la CNIL de faire effectuer des missions d'investigation et de contrôle par des magistrats (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 11).

En revanche, alors que la Commission des Opérations de Bourse (aujourd'hui AMF ; Ord. n° 67-833, 28 sept. 1967, art. 5-9), le Conseil de la concurrence (Ord. n° 86-1243, 2 déc. 1986, art. 13) et le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, art. 42-2) disposaient – et usaient – du pouvoir d'infliger des sanctions pécuniaires depuis de nombreuses années, jusqu'en 2004, la CNIL ne pouvait procéder qu'à des avertissements et des dénonciations au Parquet, conformément à l'article 40 du code de procédure pénale.

Ce n'est qu'avec l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2004 (L. n° 2004-801, 6 août 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant L. n° 78-17, 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés) que la CNIL s'est vue doter de la faculté de prononcer des sanctions administratives et pécuniaires.

Cette loi, qui a profondément modifié la loi du 6 janvier 1978, a non seulement étendu les pouvoirs de sanctions de la CNIL, mais aussi renforcé ses pouvoirs de contrôle.

Un Chapitre VI, intitulé « **le contrôle de la mise en œuvre des traitements** » a ainsi été ajouté à la loi de 1978. Il ne comprend qu'un seul article, l'article 44, qui prévoit les conditions de ce contrôle et qui est lui-même complété par les articles 61 à 69 du décret du 20 octobre 2005 modifié par le décret du 25 mars 2007.

La CNIL utilise largement ses nouveaux pouvoirs : chaque année les contrôles sur place se comptent par centaines et sont en constante augmentation (contre quelques dizaines par an avant la loi du 6 août 2004). À titre d'exemple, la CNIL a effectué 458 contrôles au cours de l'année 2012, ce qui représente une augmentation de 19 % par rapport à l'année précédente (CNIL, Rapport d'activité 2012).

Se préparer à l'éventualité d'un tel contrôle (pour ne pas le subir) relève donc, pour les responsables de traitement, d'une impérieuse nécessité. En effet, « **au sein de l'organisme contrôlé, les investigations de la CNIL doivent être accompagnées de manière très professionnelle afin d'éviter le délit d'entrave tout en assurant la protection de ses intérêts légitimes** » (AFCDP, Comment se préparer (sereinement ?) à un éventuel contrôle sur place de la CNIL ? Nov. 2010).

I. – LES POUVOIRS D'ENQUÊTE DE LA CNIL

Les pouvoirs d'enquête de la CNIL ont été étendus par la loi du 6 août 2004, de manière à améliorer le niveau de protection en le rendant plus efficace.

L'article 11, 2°, f de la loi de du 6 janvier 1978 modifiée prévoit que la CNIL « **peut, par décision particulière, charger un ou plusieurs de ses membres ou le secrétaire général, dans les conditions prévues à l'article 44, de procéder ou de faire procéder par les agents de ses services à des vérifications portant sur tous traitements et, le**



cas échéant, d'obtenir des copies de tous documents ou supports d'information utiles à ses missions ». Les contrôles a posteriori de la CNIL peuvent donc prendre deux formes :

- les vérifications sur place ;
- la demande de communication de documents.

Il faut noter que jusqu'à récemment seuls les agents habilités par la Commission pouvaient participer à la mise en œuvre des missions de vérification prévues par la loi du 6 janvier 1978 (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 19, modifiée). Depuis la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, les agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) disposent du même pouvoir que les agents de la CNIL pour constater les infractions et manquements à la loi du 6 janvier 1978. Les agents de la DGCCRF peuvent alors communiquer leurs constatations à la CNIL, qui décidera des suites à y apporter (L. n° 2014-344, 17 mars 2014, JO 18 mars, dite « Loi Hamon »).

Selon Monsieur Alain Fauconnier, ce nouveau pouvoir de contrôle ne devrait pas représenter une charge supplémentaire pour la DGCCRF, dans la mesure où « dans le cadre du contrôle de la vente à distance, ses agents en constatent déjà les manquements - et c'est parce qu'ils n'y sont pas habilités formellement que la CNIL, qu'ils informent cependant, doit refaire le contrôle pour que le constat soit valide » (Rapp. Sénat n° 175, 2011-2012, de M. Alain Fauconnier, fait au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, déposé le 7 déc. 2011).

Une chose est sûre, cette nouvelle prérogative conférée à la DGCCRF qui dispose de près de 3 000 enquêteurs répartis sur l'ensemble du territoire national permettra d'augmenter très sensiblement les contrôles des règles de collectes et de traitement des données personnelles fixées par la loi « Informatique et Libertés ».

Les membres et les agents de la CNIL – comme de la DGCCRF – sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 20, modifiée).

A. – Contrôle sur place

Les contrôles sur place sont un moyen d'action privilégié de la CNIL pour s'assurer du respect des dispositions de la loi « Informatique et Libertés ». Ils peuvent être effectués dans le cadre de l'instruction de plaintes, dans le cadre d'une procédure de sanction (par exemple, afin de vérifier le respect des engagements pris par un responsable de traitement mis en demeure par la Présidente de la CNIL) ou au regard de l'actualité. Ils concernent aussi bien des grands groupes français, que les PME, en passant par l'administration.

1) Modalité du contrôle sur place

La décision de procéder à une mission de contrôle est prise par le président de la CNIL, sur proposition du service des contrôles. Les agents habilités de la CNIL peuvent procéder à plusieurs contrôles sur place sur la base d'une seule et unique décision. La CNIL a en effet jugé qu'« aucune disposition de la loi du 6 janvier 1978 modifiée n'impose au président de la CNIL d'adopter plusieurs décisions de procéder à plusieurs missions de contrôle sur place quand les vérifications opérées se rapportent toutes à un seul et

même objet » (CNIL, 17 mars 2011, déc. n° 2011-035, prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google Inc.).

L'article 44 de la loi de 1978 modifiée, prévoit que les membres de la CNIL ainsi que les agents de ses services habilités « ont accès, de 6 heures à 21 heures, pour l'exercice de leurs missions, aux lieux, locaux, enceintes, installations ou établissements servant à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel et qui sont à usage professionnel, à l'exclusion des parties de ceux-ci affectées au domicile privé ».

Le Procureur de la République territorialement compétent (c'est-à-dire celui dans le ressort territorial duquel doit avoir lieu la visite ou la vérification) doit être informé de tout contrôle sur place au plus tard vingt-quatre heures avant la date à laquelle doit avoir lieu ledit contrôle (D. n° 2005-1309, 20 oct. 2005, art. 61 modifié). À ce titre, la CNIL a eu l'occasion de juger que l'identité de l'organisme contrôlé n'a pas à figurer dans la notification préalable au Procureur de la République territorialement compétent. En effet, selon la CNIL, les dispositions des articles 44 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée et 61 du décret d'application de cette même loi n'imposent aucunement aux contrôleurs de la CNIL d'adresser au Procureur de la République territorialement compétent d'autres éléments que la date, l'heure, le lieu et l'objet du contrôle, à l'exclusion, par conséquent, de l'identité de l'organisme contrôlé. Par ailleurs, la formation restreinte a également jugé qu'en cas d'urgence et lorsque la gravité des faits le justifie, « l'éventuel vice de procédure résultant d'un défaut d'information du Procureur de la République dans le délai requis ne serait pas de nature à affecter la légalité du contrôle opéré » (CNIL, dél.b. de la formation restreinte n° 2012-176, 21 juin 2012, portant avertissement à l'encontre de la Société Européenne de Traitement de l'Information).

La décision du président de la CNIL d'effectuer un contrôle sur place est notifiée au début du contrôle au responsable des lieux ou son représentant (dans la pratique, le responsable des lieux est la personne qui se désigne comme telle, qui est désignée comme telle par le responsable de traitements ou qui se comporte comme telle). Ce dernier est ainsi informé, au plus tard lors de son arrivée sur place, des agents, de l'objet des vérifications que la CNIL compte entreprendre, de l'identité et de la qualité des personnes chargées de ce contrôle (D. n° 2005-1309, 20 oct. 2005, art. 62 modifié).

En revanche, la CNIL n'a pas l'obligation de prévenir à l'avance le responsable de traitement concerné qu'elle va effectuer un contrôle sur place. La décision de le prévenir, ou non, est prise en opportunité (<<http://www.cnil.fr/institution/missions/controler/es-controles-de-a-a-z/>>). Lorsque le responsable de traitement est informé que la Commission va diligenter un contrôle dans ses locaux, il peut lui être demandé de préparer tous documents de nature à faciliter le déroulement du contrôle (CNIL, Règlement intérieur, art. 54).

Le responsable des lieux a la possibilité de se faire assister d'un conseil de son choix (avocat ou huissier, par exemple). Toutefois, la délégation de la CNIL n'a aucune obligation de surseoir aux investigations dans l'attente de l'arrivée de celui-ci.

Le but d'une mission de contrôle – clairement affiché par la CNIL sur son site internet – est d'obtenir un maximum d'informations, techniques et juridiques, pour apprécier les conditions dans lesquelles sont mis en œuvre des traitements informatiques.



À ce titre, les agents habilités de la CNIL peuvent demander communication de « tous documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, quel qu'en soit le support, et en prendre copie ». En revanche, ils ne peuvent pas saisir de documents originaux.

Ils peuvent « accéder aux programmes informatiques et aux données, ainsi qu'en demander la transcription par tout traitement approprié dans des documents directement utilisables pour les besoins du contrôle ». Les agents de la Commission peuvent utiliser, lors des contrôles sur place qu'ils mènent, des moyens informatiques de recherche – voire de récupération – de données. Sur ce point, on peut mentionner que la CNIL est membre de l'Association francophone des spécialistes de l'investigation numérique (AFSIN) (J.-Cl. Communication, Fasc. 4733 La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés – Saisine par les particuliers – Pouvoirs de contrôle et de sanction).

Les agents habilités de la CNIL peuvent enfin « recueillir, sur place ou sur convocation, tout renseignement et toute justification utiles » (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 44, III, al. 1^{er}).

2) Droit d'opposition du responsable des lieux

La loi « Informatique et Libertés » prévoit la possibilité pour le responsable des lieux de s'opposer à une visite de la CNIL. La décision du responsable des lieux de s'opposer à la tenue du contrôle donne lieu à la rédaction d'un procès-verbal par les agents de la CNIL. Le procès-verbal mentionne les raisons qui ont mené le responsable à prendre cette décision (CNIL, Règlement intérieur, art. 56).

Le droit d'opposition peut s'exercer à tout moment pendant le contrôle (par exemple, au bout de deux heures de contrôle, le responsable peut refuser l'accès à un fichier particulier). Dans ce cas, les agents de la Commission peuvent décider d'interrompre le contrôle et dresser un procès-verbal faisant état de cette opposition (CNIL, Règlement intérieur, art. 56).

Le Conseil d'État a d'ailleurs conforté ce principe en estimant, sur le fondement de l'article 8 de la CEDH relatif à l'inviolabilité du domicile, que les responsables des locaux dans lesquels se déroule un contrôle de la CNIL doivent être « informés de leur droit à s'opposer à ces visites » (CE, 6 nov. 2009, n° 304300, Société Inter Confort).

Dans sa version modifiée par la loi du 6 août 2004, l'article 44 de la loi « Informatique et Libertés » prévoyait que lorsque le responsable des lieux s'opposait à une visite de la Commission, la visite ne pouvait se dérouler qu'avec l'autorisation d'un président du tribunal de grande instance territorialement compétent ou du juge délégué par lui. Ce magistrat devait être saisi à la requête du président de la Commission et statuait par une ordonnance motivée, conformément aux dispositions prévues aux articles 493 à 498 du code de procédure civile.

Ce droit d'opposition était de nature à restreindre considérablement la portée et l'efficacité des contrôles de la CNIL puisque l'organisme contrôlé pouvait bénéficier du temps nécessaire à l'obtention d'une ordonnance judiciaire pour tenter d'effacer – ou de dissimuler – des données informatiques qui seraient contraires à la loi.

Depuis la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011, la loi « Informatique et Libertés » prévoit expressément que la CNIL doit informer systé-

matiquement le responsable des locaux professionnels privés visés par un contrôle de son droit d'opposition à la visite.

Si le responsable des locaux s'oppose aux vérifications de la CNIL, comme auparavant, la visite ne peut se dérouler que sur autorisation judiciaire. Toutefois, celle-ci est ordonnée non plus par le président du tribunal de grande instance, mais par le juge des libertés et de la détention.

Mais surtout, la CNIL a désormais la possibilité de demander au juge des libertés et de la détention l'autorisation préalable d'effectuer une visite sans que le responsable des locaux en ait été préalablement informé et sans que celui-ci puisse s'y opposer « lorsque l'urgence, la gravité des faits à l'origine du contrôle ou le risque de destruction ou de dissimulation de documents le justifie ».

En permettant au juge des libertés et de la détention, gardien des libertés individuelles, d'autoriser la CNIL à effectuer un contrôle, le législateur renforce l'efficacité de la CNIL sans toutefois porter atteinte aux droits du responsable des lieux visités.

En effet, la visite s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge qui l'a autorisée, en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant qui peut se faire assister d'un conseil de son choix ou, à défaut, en présence de deux témoins qui ne sont pas placés sous l'autorité des personnes chargées de procéder au contrôle (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 44, II).

Le juge des libertés et de la détention peut, à tout moment, décider la suspension ou l'arrêt de la visite. Le responsable des lieux peut également saisir le juge des libertés et de la détention d'une demande de suspension ou d'arrêt de la visite. Cette saisine n'a toutefois pas d'effet suspensif (D. n° 2005-1309, 20 oct. 2005, art. 62-1 modifié).

Les recours contre l'ordonnance autorisant la visite sur place et contre le déroulement des opérations de visite autorisées par le juge des libertés et de la détention sont prévus respectivement par les articles 62-2 et 62-3 du décret du 20 octobre 2005 modifié. Ils sont tous deux portés devant le premier président de la cour d'appel territorialement compétent, par déclaration au greffe. Dans les deux cas, l'ordonnance du premier président de la cour d'appel est susceptible d'un pourvoi en cassation.

Dans la pratique, les responsables des lieux qui exercent leur droit d'opposition sont peu nombreux. En 2011, seules trois entités ont excipé de ce droit.

De même, la saisine préalable du juge des libertés et de la détention par la CNIL reste exceptionnelle : en 2011, la CNIL a utilisé quatre fois cette possibilité et a, à chaque fois, été autorisée à procéder au contrôle sollicité (CNIL, Rapport d'activité 2011).

3) Clôture de la procédure de contrôle

Les missions de contrôle sur place font l'objet d'un procès-verbal qui indique notamment l'objet de la mission, les personnes rencontrées et, le cas échéant, leurs déclarations. L'inventaire des pièces et documents dont la délégation de la CNIL a pris copie doit être annexé au procès-verbal (D. n° 2005-1309, 20 oct. 2005, art. 64 modifié).

Il est établi par les agents de la CNIL en deux exemplaires (dont l'un revient à l'entreprise) et signé par les membres de la CNIL qui



ont procédé au contrôle et par le responsable des lieux (ou son représentant). En cas de refus ou d'absence de signature, mention en est portée au procès-verbal.

Lorsque les constatations effectuées à l'occasion d'un contrôle n'appellent pas d'observations particulières ou lorsque les manquements observés ne justifient pas l'engagement d'une procédure contentieuse, il est procédé à la clôture du contrôle. Cette clôture s'effectue par courrier simple signé par le président ou le vice-président délégué (CNIL, Règlement intérieur, art. 58).

Lorsqu'en revanche, des manquements sérieux sont relevés, le dossier est transmis à la formation contentieuse de la CNIL, qui peut décider de prononcer une sanction et/ou de transmettre une dénonciation au Parquet, dans le cadre de l'article 40 du code de procédure pénale.

B. – Contrôles sur pièces et sur convocation

Alors que le Règlement intérieur de la CNIL encadre le contrôle sur place, les contrôles sur pièces et sur convocation ne sont pas évoqués. Ils résultent du III de l'article 44 de la loi « Informatique et Libertés » qui dispose que les membres de la Commission et les agents habilités « peuvent demander communication de tous documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission » et « peuvent recueillir, sur place ou sur convocation, tout renseignement et toute justification utiles ».

Comme les contrôles sur place, les contrôles sur pièces sont diligents sur décision du président de la CNIL.

Le contrôle sur pièces prend la forme de l'envoi d'un courrier auprès de la société visée, à laquelle il peut être demandé la copie de tous documents ou supports d'information utiles à sa mission.

La CNIL a eu l'occasion de préciser que « la notion de document doit être entendue de façon large, afin de permettre à la CNIL d'exécuter ses missions » (CNIL, 17 mars 2011, déc. n° 2011-035, préc.). Dans cette affaire la société Google Inc., pour se soustraire à la demande de communication du code source d'un logiciel installé dans les Google cars, opposait une lecture restrictive de l'article 44 de la loi du 6 janvier 1978. Il ressort donc de cette décision que la notion de document, qui doit être entendue largement, recouvre les codes sources des logiciels à l'origine de la collecte de données personnelles.

De manière générale, la CNIL peut solliciter, pour un contrôle sur pièces, la communication de tous documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission, c'est-à-dire :

- les données à caractère personnel utilisées et contenues dans les traitements visés, automatisés ou non, afin d'en vérifier la conformité à la loi ;
- les informations ayant un lien avec les conditions de mise en œuvre du ou des traitements visés : contrats informatiques, chartes d'utilisation des ressources informatiques, formulaires de collecte des données, notes de service, etc.

La CNIL peut également demander à l'organisme contrôlé de préciser la nature des opérations réalisées, les conditions de sécurité des traitements visés, les conditions de prise en compte du droit d'opposition, etc.

Lorsque la CNIL s'estime insuffisamment informée par les réponses apportées par l'organisme visé, elle peut décider de procéder à une mission de vérification sur place ou convoquer le responsable de traitement pour une audition en vue de recueillir tout renseignement utile.

Dans le cas d'un contrôle sur convocation, l'article 66 du décret du 20 octobre 2005 modifié prévoit que les personnes chargées du contrôle peuvent « convoquer et entendre toute personne susceptible de leur fournir tout renseignement ou toute justification utiles ».

La convocation, adressée par lettre avec accusé de réception (ou remise en main propre contre récépissé ou par acte d'huissier) doit parvenir à la personne concernée au moins huit jours avant la date de son audition.

La personne convoquée est en droit de se faire assister d'un conseil de son choix.

Un procès-verbal de l'audition est dressé de manière contradictoire. Lorsque l'intéressé ne se rend pas à l'audition, il en est fait mention dans un procès-verbal de carence.

C. – Les constats en ligne

La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon », a doté les agents de la CNIL de nouvelles capacités dans leurs missions d'enquête.

En effet, l'article 104 de la loi Hamon modifie le III de l'article 44 de la loi du 6 janvier 1978 qui dispose désormais que les agents habilités de la CNIL peuvent « à partir d'un service de communication au public en ligne, consulter les données librement accessibles ou rendues accessibles, y compris par imprudence, par négligence ou par le fait d'un tiers, le cas échéant en accédant et en se maintenant dans des systèmes de traitement automatisé de données le temps nécessaire aux constatations ; ils peuvent retranscrire les données par tout traitement approprié dans des documents directement utilisables pour les besoins du contrôle ».

Cette disposition, introduite à l'initiative de Monsieur François Brottes, tend à permettre aux agents de la CNIL d'utiliser des preuves directement recueillies sur internet sans avoir à les confirmer par des contrôles sur pièces et/ou sur place, ou encore par un constat d'huissier.

Ce texte poursuit un double objectif : le respect de l'obligation d'information et la lutte contre les failles de sécurité.

Il a d'ailleurs été inspiré par une faille de sécurité affectant un laboratoire d'analyse médicale et conduisant à ce que les données de santé de ses clients soient accessibles sur internet. Pour intervenir et mettre fin à cette divulgation, la CNIL a dû envoyer une équipe de contrôleurs dans les locaux du laboratoire en cause, dans l'Est de la France, pour constater la faille (comme elle l'avait déjà fait sur le site internet du laboratoire) et demander à ce laboratoire de prendre les mesures adéquates. Désormais, la CNIL pourra, le jour même où elle est informée, légalement constater la faille depuis ses propres ordinateurs et mettre en demeure le responsable du site de remédier au problème dans les plus brefs délais.

Ce nouveau « pouvoir » des agents habilités de la CNIL s'inscrit dans le cadre d'une très forte croissance des manquements à la



loi « Informatique et Libertés » constatés sur internet. Ainsi, lors d'une opération d'audits coordonnés, diligentée par la CNIL et 19 de ses homologues dans le monde, appelée « opération Internet Sweep Day », il a été constaté que plus de 20 % des sites Internet et applications mobiles audités ne fournissent aucune information à leurs visiteurs quant à la politique de protection des données (<<http://www.cnil.fr/institution/actualite/article/article/operation-internet-sweep-day-une-premiere-mondiale-visant-a-apprecier-le-niveau-dinformat/>>).

Certes, les constatations en ligne de la CNIL sont limitées aux seules données librement accessibles sur internet, puisqu'il n'est pas question de permettre aux agents de la CNIL d'accéder à des données protégées d'une quelconque façon (mot de passe...). Toutefois, ce texte « confère à la CNIL un pouvoir d'investigation en ligne comparable, voire supérieur, à celui qui lui est reconnu dans le monde physique. En effet, ces investigations numériques seront menées sans que le droit d'opposition puisse s'exercer, sans que le responsable du site en soit informé et, partant, sans qu'un procès-verbal contradictoire soit établi » (« La CNIL, nouvel acteur du contrôle dans le cyberspace », Monsieur Yann Padova, ancien secrétaire général de la CNIL).

En effet, contrairement aux procès-verbaux établis lors de contrôles sur convocation, sur pièces ou sur place, ceux établis à la suite de constats en ligne ne sont pas dressés contradictoirement. Il convient toutefois de souligner que l'amendement proposé par Monsieur François Brottes précisait que le principe du contradictoire serait « totalement respecté (...) puisque le procès-verbal établi par la CNIL suite à ces constatations en ligne sera toujours notifié pour observations au responsable de traitement ». Une telle précision relèverait du domaine réglementaire (<<http://www.nosdeputes.fr/14/amendement/1156/475>>, Amendement n° 475 (Adopté), déposé le 24 juin 2013 par M. Brottes).

L'objectif affiché de ce nouveau pouvoir de la CNIL, rapide et peu coûteux, est d'augmenter le nombre des contrôles et, par voie de conséquence, celui des procédures de sanction en découlant.

Il ressort de ce qui précède que le Responsable de traitement – ou toute personne amenée à le substituer – peut se faire assister d'un conseil de son choix, que ce soit pendant la visite de son ou ses établissements par les agents de la CNIL, ou pendant son audition, suite à sa convocation.

En outre, à l'issue des contrôles sur place et sur convocation, un procès-verbal est dressé contradictoirement.

Ces dispositions, visent clairement à garantir les droits de la défense des entités visées et de leurs représentants.

Reste que les contrôles en ligne ne suivent pas cette voie alors qu'ils sont pourtant susceptibles de faire grief aux entités concernées.

II. – L'ENTRAVE À L'ACTION DE LA CNIL

L'article 21 de la loi « Informatique et Libertés » précise que « les ministres, autorités publiques, dirigeants d'entreprises publiques ou privées, responsables de groupements divers et plus généralement les détenteurs ou utilisateurs de traitements ou de fichiers de données à caractère personnel ne peuvent s'opposer à l'action de la commission ou de ses membres et doivent au contraire prendre toutes mesures utiles afin de faciliter sa tâche ».

Aux termes de ces dispositions, les personnes concernées sont tenues de coopérer avec les services de la Commission agissant dans le cadre de ses missions et, à ce titre, de répondre aux demandes dont elles font l'objet. Le fait de manquer à cette obligation de répondre aux demandes de la CNIL est susceptible d'être sanctionné par la CNIL.



Contrairement aux procès-verbaux établis lors de contrôles sur convocation, sur pièces ou sur place, ceux établis à la suite de constats en ligne ne sont pas dressés contradictoirement.

En outre, l'entrave à l'action de la CNIL est un délit pénal, à l'exception de l'exercice du droit d'opposition prévu par les dispositions précitées de l'article 44.

En effet, l'article 51 de la loi « Informatique et Libertés », introduit par la loi du 6 août 2004, punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende le fait :

- de s'opposer à l'exercice des missions confiées aux membres de la CNIL ou aux agents habilités en application du dernier alinéa de l'article 19 lorsque la visite a été autorisée par le juge ;
- de refuser de communiquer, de dissimuler ou de faire disparaître des renseignements et documents utiles à leur mission ;
- de communiquer des informations qui ne sont pas conformes au contenu des enregistrements tel qu'il était au moment où la demande de la CNIL a été formulée ou qui ne présentent pas ce contenu sous une forme directement accessible.

À titre d'exemple, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé les condamnations prononcées par la cour d'appel de Paris contre l'Association spirituelle de l'Église de scientologie d'Ile-de-France (Asesif) et son président, notamment des chefs d'entrave à l'activité de la CNIL. Il était en effet, reproché à l'Asesif d'avoir entravé l'action de la CNIL en indiquant inexactement à celle-ci que « toutes les démarches avaient été effectuées » pour radier le demandeur des différents organismes de la scientologie aussi bien en France qu'à l'étranger, alors que ce dernier avait reçu postérieurement deux nouveaux courriers à en-tête de l'Asesif. Selon la cour d'appel de Paris, validée par la Cour de cassation, un tel courrier non suivi d'effet constitue l'élément matériel de l'infraction d'entrave à l'action de la CNIL (Cass. crim., 23 sept. 2004, n° 03-86 604, Bull. crim., n° 224).

À ce titre, il convient de souligner que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de juger que « l'invocation injustifiée du secret professionnel pourrait constituer une entrave passible des peines prévues par l'article 51 nouveau de la loi du 6 janvier 1978 » (Cons. const., 29 juill. 2004, n° 2004-499 DC).

III. – LES POUVOIRS DE SANCTION DE LA CNIL

À l'issue du contrôle, la CNIL examine les documents dont une copie aura été effectuée pour apprécier les conditions de mise en œuvre des dispositions de la loi « Informatique et Libertés ».



Lorsque les constatations effectuées n'appellent pas d'observations particulières, le contrôle est clôturé par un courrier du président de la CNIL qui peut contenir des recommandations (ex. : modification des durées de conservation, des mesures de sécurité, etc.).

Lorsque les manquements relevés sont sérieux, le dossier est transmis à la formation contentieuse de la CNIL, appelée « formation restreinte » qui est compétente pour prononcer les sanctions à l'égard des responsables de traitement qui méconnaissent la loi « *Informatique et Libertés* ».

La modification de la loi en 2004 a considérablement augmenté les prérogatives de la CNIL en matière de sanctions, en particulier, pécuniaires.

Le pouvoir de sanction de la CNIL a de nouveau été réformé par la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011, afin de mieux distinguer les fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction.

A. – Le droit à un procès équitable et impartial

Par un arrêt *Dubus SA c/ France* du 11 juin 2009 (CEDH, 11 juin 2009, n° 5242/04), la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la procédure de sanction suivie par la commission bancaire (qui est considérée comme une autorité administrative indépendante, au même titre que la CNIL) méconnaissait les stipulations de l'article 6-1 de la CEDH relatif au procès équitable, en raison du défaut d'« *impartialité objective* » de la commission, en raison de l'absence de distinction claire entre ses différentes fonctions de contrôle et de sanction.

La loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 a tiré tous les enseignements de cette décision et a opéré une distinction claire entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction de la CNIL, afin de répondre à l'exigence d'impartialité que pose l'article 6-1 de la CEDH.

Initialement, le président de la CNIL intervenait à tous les stades de la procédure, qu'il s'agisse du contrôle, de l'instruction ou de la sanction : il présidait la formation plénière qui instruit les réclamations et adopte le programme de contrôle ainsi que la formation restreinte qui prononce les sanctions. Cette situation pouvait légitimement faire naître des suspicions de « préjugement » et ne répondait donc pas à l'exigence d'impartialité que pose l'article 6-1 de la CEDH.

La composition de la formation restreinte a donc été modifiée. Désormais, ni le président, ni les deux vice-présidents de la CNIL ne peuvent appartenir à la formation restreinte de la CNIL. Le bureau, composé du président et des deux vice-présidents de la commission, n'a plus le pouvoir de prononcer des sanctions.

Conformément à une séparation stricte des pouvoirs, la « formation restreinte » est désormais seule titulaire du pouvoir de sanction. Elle seule est compétente pour prononcer les sanctions à l'égard des responsables de traitement qui méconnaissent la loi « *Informatique et Libertés* ». Cette formation ne peut détenir des attributions qui relèvent soit du pouvoir de poursuite, soit du pouvoir d'instruction, attributions qui relèvent du collège de la CNIL en formation plénière.

À l'inverse, les mises en demeure, qui ne sont pas des sanctions, sont adressées par le président de la CNIL, et non plus par la formation restreinte.

Ces évolutions nécessaires démontrent encore une fois la volonté de la CNIL de s'inscrire dans une procédure contradictoire et équitable, respectueuse des droits de la défense.

La CNIL assume, ainsi, son statut de « tribunal au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (CE référé, 19 févr. 2008, n° 311974, Société Profil France).

B. – La procédure de mise en demeure

Le président de la CNIL peut mettre en demeure un responsable de traitement de faire cesser le manquement constaté dans un délai qu'il fixe (nous rappelons que les mises en demeure ne sont pas des sanctions à proprement parler).

En cas d'urgence, ce délai peut être ramené à cinq jours (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 45 modifié). La mise en demeure doit préciser le ou les manquements à la loi constatés par les agents habilités de la CNIL (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 73).

Si le responsable du traitement se conforme à la mise en demeure qui lui est adressée, le président de la CNIL prononce la clôture de la procédure.

Le président de la CNIL peut demander au bureau de rendre publique la mise en demeure (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 46 modifié). L'année 2012 s'est également singularisée par l'adoption des premières mises en demeure publiques. Les critères retenus pour justifier une telle publicité sont notamment la nature et la gravité des manquements et le nombre de personnes concernées. Dans un souci d'équité à l'égard du responsable de traitement, si ce dernier s'est mis en conformité avec la mise en demeure et qu'en conséquence le président de la CNIL a clôturé la procédure, la clôture fait l'objet de la même mesure de publicité que la mise en demeure.

Cette possibilité de publicité existait déjà dans d'autres AAI comme le CSA ou l'ARCEP, qui en font un large usage pour faire connaître leurs positions dans le grand public et auprès des organismes agissant dans leurs secteurs d'activité respectifs.

En pratique, les mises en demeure puis les courriers de clôture sont diffusés sur le site internet de la CNIL.

Dans la quasi-totalité des cas, les organismes se mettent en conformité après un contrôle, suivi d'une mise en demeure.

C. – L'instruction

Lorsqu'une sanction est susceptible d'être prononcée, le président de la commission désigne un rapporteur n'appartenant pas à la formation restreinte.

Le rapporteur rend un rapport sur la base duquel la formation restreinte prendra sa décision de sanction. Ce rapport est notifié au responsable du traitement par tout moyen permettant à la commission d'apporter la preuve de la date de cette notification. Il est également transmis à la formation restreinte.

Le responsable du traitement dispose d'un délai d'un mois pour transmettre au rapporteur et à la formation restreinte ses observations écrites (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 46 modifié et D. n° 2005-1309, 20 oct. 2005, art. 75 modifié).



Le rapporteur peut présenter des observations orales sur l'affaire lors de la séance de la formation restreinte.

D. – La procédure contentieuse devant la formation restreinte

On a vu que le pouvoir de sanction est désormais exercé exclusivement par la formation restreinte de la CNIL, après une procédure contradictoire.

Ainsi, les organismes mis en cause peuvent être assistés d'un avocat, accéder au dossier et être entendus lors de l'« audience » de la formation restreinte de la CNIL.

À l'issue de cette procédure contradictoire, la formation restreinte de la CNIL a la possibilité de prononcer un avertissement à l'égard du responsable d'un traitement qui ne respecte pas les obligations découlant de la loi « Informatique et Libertés », avant même toute mise en demeure.

En revanche, les sanctions pécuniaires et les injonctions de cesser le traitement ne peuvent intervenir qu'après une mise en demeure restée infructueuse ; la mise en demeure est, dans ce cas, un préalable juridique indispensable au prononcé de la sanction.

Dans tous les cas, les sanctions prises par la formation restreinte sont motivées ; elles énoncent les considérations de droit et de fait sur lesquelles elles sont fondées (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 46 modifié et D. n° 2005-1309, 20 oct. 2005, art. 78 modifié).

Les sanctions prononcées par la formation restreinte de la CNIL peuvent prendre la forme d'un avertissement. La formation restreinte peut également, après non-respect d'une mise en demeure du président de la CNIL, prononcer une sanction pécuniaire ou une injonction de cesser le traitement.

Le montant de la sanction pécuniaire est proportionné à la gravité des manquements commis et aux avantages tirés de ce manquement (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 47 modifié). Lors du premier manquement, il ne peut excéder 150 000 euros. En cas de manquement réitéré dans les cinq années à compter de la date à laquelle la sanction pécuniaire précédemment prononcée est devenue définitive, il ne peut excéder 300 000 euros ou, s'agissant d'une entreprise, 5 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos dans la limite de 300 000 euros (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 47 modifié).

En pratique les sanctions pécuniaires représentent moins de la moitié des sanctions prononcées par la CNIL. Toutefois récemment, la CNIL a prononcé une sanction pécuniaire de 150 000

euros à l'encontre de la société Google Inc., estimant que les règles de confidentialité mises en œuvre par celle-ci depuis le 1^{er} mars 2012 ne sont pas conformes à la loi « Informatique et Libertés » (CNIL, 3 janv. 2014, délib. n° 2013-420 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la Société Google Inc.).

En cas de manquement aux dispositions de la loi « Informatique et Libertés » et lorsque les atteintes subies par les personnes concernées sont d'une particulière gravité, la formation restreinte peut également prononcer à l'encontre d'un responsable de traitement une injonction de cesser le traitement. En pratique ce pouvoir d'injonction est rarement utilisé. À titre d'exemple, en 2012, la formation restreinte n'a prononcé qu'une injonction de cesser le traitement.

La formation restreinte peut également prononcer le retrait de l'autorisation accordée en application de l'article 25 de la loi (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 45 modifié).

Par ailleurs, la possibilité de rendre publiques les sanctions a été généralisée, y compris en l'absence de mauvaise foi du responsable d'un traitement de données.

La formation restreinte peut également ordonner l'insertion des sanctions qu'elle prononce dans des publications, journaux ou supports qu'elle désigne aux frais des personnes sanctionnées (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 46 modifié).

Enfin, la saisine de la « formation restreinte » n'est pas exclusive d'une dénonciation au Parquet (C. proc. pén., art. 40).

À ce titre, il convient de souligner que lorsque la formation restreinte a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 47 modifié).

Cette possibilité d'engager des poursuites pénales parallèlement à la procédure contentieuse de la CNIL devra toutefois être appréciée au regard de la toute récente décision de la CEDH, qui dans son arrêt de chambre – certes non définitif – rendu le 4 mars 2014, a jugé à l'unanimité, que l'Italie avait violé l'article 4 du Protocole n° 7 (droit à ne pas être jugé ou puni deux fois) en poursuivant deux fois pour les mêmes faits – une fois devant la Commission nationale des sociétés et de la Bourse (autorité administrative) et une fois devant les juridictions pénales – les auteurs d'une manipulation de marché (CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, Grande Stevens et autres c/ Italie). ■