

législateur a choisi de lui attribuer un pouvoir normatif direct, et ne s'est pas contenté de la doter de pouvoirs consultatifs ou d'aide à la décision.

Ainsi choix d'ordre politique, l'attribution d'un tel pouvoir normatif à la CRE n'est toutefois pas sans conséquences et les citoyens pourraient légitimement s'inquiéter des risques inhérents à toute situation dans laquelle les hommes ont du pouvoir. À cet égard, outre les vertus (40) dont sont nécessairement dotés de tels hommes, et qui doivent donc en théorie les prémunir contre toute tentation de détourner leurs pouvoirs de leur finalité première, à savoir la régulation du marché de l'électricité en vue principalement de préserver la concurrence et de prévenir les abus de positions dominantes, les garanties offertes aux citoyens contre de tels risques (41) consistent notamment, de manière plus pragmatique, et peut être aussi malheureusement plus réaliste, en la possibilité de saisir la juridiction administrative d'un recours contre les décisions prises par la CRE. Ces décisions peuvent être en effet à nos yeux soumises au contrôle de légalité (42) devant le Conseil d'État (43), par la voie du recours pour excès de pouvoir, les juridictions de l'ordre judiciaire ne pouvant recevoir compétence en cette matière qu'en vertu de la loi, et encore dans certaines limites précisées par le Conseil constitutionnel (44).

C'est donc ainsi surtout par le biais du recours au juge que les citoyens peuvent se prémunir contre les dangers que peut présenter l'attribution d'un tel pouvoir normatif à la CRE. Ainsi, si certains (45) s'émeuvent d'un certain empiètement des autorités administratives indépendantes sur la « sphère de compétence du juge » (46), et notamment les magistrats eux-mêmes, le juge demeure ici encore le dernier rempart face à l'arbitraire...

(40) Quelque peu à l'instar des juges que l'on espère dotés des vertus essentielles, et notamment aux souhaits de certains, de la fameuse prudence aristotélicienne (à ce sujet, lire notamment P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, P.U.F., Paris, 1997, 220 p.).

(41) Il faut toutefois noter que depuis sa création, la CRE a relativement peu utilisé son pouvoir normatif. On ne peut en effet relever, à la date où sont écrites ces lignes, que la décision prise à l'issue de la délibération du 15 février 2001 concernant les principes de dissociation comptable, seule prise expressément au visa de l'article 37 de la loi du 10 février 2000.

(42) À ce sujet, voir notamment J. Moreau, *Droit administratif*, P.U.F., Paris, 1989, p. 69.

(43) Directement compétent pour les recours en annulation concernant les décisions d'organismes collégiaux à compétence nationale (en ce sens notamment M.-J. Guédon, *op. cit.*, p. 127).

(44) Celui-ci a en effet notamment considéré, dans sa décision du 23 janvier 1987 relative à la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, que « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ». Mais « dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel intéressé » (sur cette décision voir notamment la note de J. Chevallier, *A.J.D.A.*, 1987, p. 347).

(45) À ce sujet voir notamment J.-L. Autin, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *R.D.P.*, 1988, p. 1213.

(46) Expression empruntée à M.-J. Guédon, *op. cit.*, p. 22.

ATTRIBUTION DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE AUX AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES ET DROIT PÉNAL : LE CAS DE LA COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTÉS (CNIL)

Par

Raymond GASSIN

Professeur honoraire à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

1 - À première vue, l'attribution, en matière pénale, du pouvoir normatif à des autorités autres que les autorités gouvernementales et les autorités administratives décentralisées paraît tout à fait inconcevable. L'article 34 de la Constitution ne dispose-t-il pas que « la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale, l'amnistie ... » ? Ainsi s'agissant des crimes et des délits, comme de la procédure pénale, une telle attribution paraît non seulement impensable, mais c'est le pouvoir réglementaire général du Premier Ministre (article 21 de la Constitution) et du président de la République (article 13 de la Constitution) qui semble lui-même totalement exclu en la matière.

Il est vrai que, pour les contraventions de police, l'interprétation de l'article 34 précité donnée successivement par le Conseil d'État (1), le Conseil Constitutionnel (2), et la Cour de Cassation (3), a exclu du domaine de la loi la détermination de celles-ci et des peines dont elles sont assorties et conféré ainsi au pouvoir réglementaire cette prérogative en application de l'article 37. Mais, outre le fait que, selon le Conseil Constitutionnel, le législateur conserve le pouvoir d'instituer des peines contraventionnelles (4), les contraventions ne peuvent être édictées que par des décrets en Conseil d'État et il est ainsi acquis qu'aucune autre

(1) CE 12 février 1960, *J.C.P.* 1960.II.11629, note Vedel, *Rev. Sc. crim.* 1961, 103, obs. Legal.

(2) Cons. Const. 19 fév. 1963, D.1964.J.92, note Hamon.

(3) Crim. 26 février 1974, D.1974.J.279.

(4) Cons. Const. 30 juillet 1982, Favoreu et Philip, *Grandes décisions du conseil constitutionnel*, n° 33.

autorité administrative que le gouvernement ne peut établir, par elle-même, des contraventions (5).

Il est vrai encore qu'un acte administratif réglementaire entre parfois - et de plus en plus souvent - dans la composition de l'élément légal de l'infraction, tel qu'il est défini par le texte d'incrimination. Tel est bien entendu le cas de la contravention de l'article R.610-5 du Code pénal aux termes duquel « la violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 1ère classe ». Mais tel est aussi le cas de nombre de délits correctionnels au premier chef desquels figure le délit d'homicide par imprudence qui consiste dans le fait de causer la mort d'autrui, non seulement par maladresse, inattention ou négligence, mais également par « manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement ». Mais ici encore, les règlements qui composent l'élément légal s'entendent uniquement des actes administratifs posés par les autorités gouvernementales ou les autorités administratives décentralisées. La jurisprudence s'était certes laissée aller jadis à interpréter la notion de « règlements », qui se déclinait au pluriel dans l'ancien article 319 du Code pénal puis dans l'article 221-6 du nouveau Code pénal, comme débordant le cercle des autorités administratives dotées du pouvoir réglementaire (6), mais précisément la réforme de la faute d'imprudence opérée par la loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels a substitué le singulier (le règlement) au pluriel (les règlements) pour signifier que désormais le règlement devrait s'entendre de manière stricte comme l'acte émanant des autorités gouvernementales ou des autorités administratives décentralisées (7).

2 - Ce serait cependant une erreur de croire que le mouvement qui, depuis quelques 25 ans, a abouti notamment à la création et à la multiplication des autorités administratives indépendantes (AAI) (8), n'a pas contaminé le droit pénal. On sait, par les autres contributions au présent ouvrage, que ces autorités se sont vu, pour certaines tout au moins, attribuer un *pouvoir réglementaire « spécialisé »* en fonction de leurs missions propres, qui les autorise à poser des règles administratives, éventuellement sanctionnées elles-mêmes par des sanctions administratives. Le terme de « pouvoir réglementaire » à leur sujet est au demeurant à entendre d'une manière aussi souple que possible. Il s'agit certes du *pouvoir réglementaire direct, consacré*, qui répond à la définition classique de la notion, à savoir le pouvoir de faire des actes juridiques qui contiennent des règles générales et/ou impersonnelles (9). Mais ne peut-on pas aussi considérer comme une sorte de pouvoir réglementaire, *implicite, indirect*, ces divers avis conformes des AAI auxquels sont subordonnés nombre d'actes réglementaires pris par les autorités gouvernementales ou administratives décentralisées ou encore certaines décisions individuelles des mêmes AAI qui, par des voies diverses, et de manière voilée, jouent en réalité un rôle décisif dans la création officielle des normes impersonnelles

(5) J. Moreau, Droit administratif, PUF, n° 153.

(6) La jurisprudence incluait ainsi dans les « règlements » les circulaires et instructions ministérielles, les clauses des cahiers des charges et jusqu'aux règles déontologiques établies pour la pratique de certaines professions. Cf. A. Vitu, Droit pénal spécial, 1982, t. II, n° 1773, p. 1432.

(7) Cf. F.-J. Pansier et C. Charbonneau, Commentaire de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 sur la responsabilité pénale des élus, Petites Affiches, 12 juillet 2000, n° 138, p. 4 et svts, sp. p. 6 ; S. Petit, une nouvelle définition des délits d'imprudence, Gaz. Pal. 9-11 juillet 2000, p. 2 et svts, sp. p. 6 à 8 ; Rapport Derosier, même revue, p. 18 et 19.

(8) Cf. Conseil d'état, Rapport public 2001, Études et documents n° 52, p. 253 et svts.

(9) G. Cornu, Vocabulaire Juridique v° Acte réglementaire.

ou dans la fixation d'un même modèle de solution dans des cas d'espèce différents, à la suite de la répétition de solutions similaires, comme s'il existait une règle générale et impersonnelle préalable ?

Or, l'incidence de ce pouvoir réglementaire, consacré ou implicite, on peut également la repérer *en matière pénale* sous des formes diverses. Parallèlement à la tendance précédemment décrite à la concentration du pouvoir réglementaire en la matière sur les autorités gouvernementales, on assiste en effet paradoxalement à une certaine dispersion de ce pouvoir, au profit de certaines AAI tout au moins, dans la création et l'application du droit pénal.

3 - Il n'est pas question ici de passer au crible de l'incidence pénale les très nombreuses AAI existantes en droit administratif français en raison de l'ampleur de la tâche (10) et de l'extrême diversité de cette incidence qui, pour certaines au demeurant, est pratiquement nulle. En revanche, il nous paraît intéressant d'en retenir une afin de voir comment le pouvoir réglementaire qu'elle tient de la loi contribue à informer le droit pénal dans son domaine de compétence, qu'il s'agisse du droit pénal de fond ou de la procédure pénale. L'AAI qui est sélectionnée ici est la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Son choix s'explique par deux sortes de raisons : d'abord parce qu'historiquement c'est la première autorité administrative à s'être vu attribuer le qualificatif d'AAI ; ensuite et surtout parce que c'est probablement celle qui, en matière pénale, possède le pouvoir réglementaire, *direct et indirect*, le plus étendu et est donc la plus susceptible de servir de matrice pour l'analyse, sous cet aspect, des autres AAI. Dans cette perspective, on va examiner successivement le pouvoir réglementaire direct de la CNIL et le droit pénal (I) et le pouvoir réglementaire indirect de la CNIL et le droit pénal (II).

I - POUVOIR RÉGLEMENTAIRE DIRECT ET DROIT PÉNAL

4 - Chacun sait que toute infraction pénale suppose un *élément légal*. Un acte matériel - action ou omission -, si répréhensible moralement et si dommageable soit-il, ne peut être puni d'une peine que s'il est prévu par un texte d'incrimination.

Mais la *structure des textes pénaux* varie notablement selon les infractions. Pour un certain nombre d'entre elles, l'élément légal se présente d'une manière simple ; il est tout entier contenu dans un texte de loi qui, tout à la fois, définit l'acte infractionnel et indique la peine encourue. Tel est le cas de l'article 221-1 du Code pénal : « le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle » (11). Mais, dans des cas de plus en plus nombreux en droit pénal contemporain, cette conception traditionnelle de la rédaction du texte d'incrimination est délaissée au profit d'une *structuration complexe* qui fait notamment entrer dans celle-ci la référence à un règlement administratif que l'on appelle d'ailleurs *l'élément administratif de l'infraction* (12). Tel es le cas de l'article 221-6 du Code pénal sur l'homicide

(10) Le conseil d'État dans son rapport public précité (p. 300-307) n'en compte pas moins de 34 : 13 par détermination législative ou jurisprudentielle ; 17 par qualification en raison de leurs caractéristiques ; 4 « après hésitation ». Encore cet inventaire n'est-il probablement pas exhaustif, des opinions divergentes existant sur la qualification d'organismes non retenus par le rapport du conseil d'État mais pour lesquels il reconnaît qu'un débat a été ouvert (rapport précité, p. 305-306).

(11) Parfois la définition de l'acte et sa répression sont dissociées (ex. Le vol : art. 311-1 pour la définition et 311-3 pour la peine), mais la structure de l'élément légal de l'acte infractionnel n'en est pas moins très simple : « le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ».

(12) Cf. J. Donnedieu de Vabres, les éléments administratifs de l'infraction, D.1952.chron.137.

involontaire qui à côté de la « maladresse, imprudence, inattention, négligence », vise également le « manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement ».

Ce règlement administratif lui-même est le plus souvent visé expressément, sinon dans son contenu, du moins dans son principe, comme c'est précisément le cas dans l'article 221-6 précité. Mais il arrive aussi qu'il soit inclus implicitement dans le texte d'incrimination de sorte qu'il appartient à l'interprète de le découvrir derrière la façade des termes qui sont employés par la loi.

5 - L'analyse des incriminations en matière d'atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques illustre parfaitement les diverses variétés de structure de l'élément légal de l'infraction. Certaines de ces infractions sont tout entières contenues dans le libellé du texte d'incrimination. C'est le cas par exemple des délits de collecte de données nominatives par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite ainsi que du délit de traitement de telles données malgré l'opposition de la personne concernée (art. 226-18 CP) (13).

Mais pour d'autres infractions, il est fait expressément référence dans le texte à des actes administratifs. Ainsi l'article 226-21 qui incrimine le détournement de finalité indique la « finalité telle que définie par la disposition législative ou l'acte réglementaire autorisant le traitement automatisé ou par la décision de la CNIL autorisant un traitement automatisé ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé... ». De même, l'article 42 de la loi du 6 janvier 1978 qui réprime l'utilisation illicite du répertoire d'identification des personnes physiques (RNIPP) vise l'utilisation « sans l'autorisation prévue à l'article 18 », c'est-à-dire un décret en Conseil d'État pris après avis de la CNIL.

Ce qui est encore plus remarquable, c'est que nombre d'autres infractions contiennent aussi implicitement la référence à des actes administratifs que rien ne laisse percevoir à la simple lecture. Tel est le cas de la mise en œuvre d'un traitement automatisé d'informations nominatives (TAIN) « sans qu'aient été respectées les formalités préalables » incriminé par l'article 226-16 du Code pénal, du traitement « sans prendre les précautions utiles pour préserver la sécurité des informations » puni par l'article 226-17 du code pénal ainsi que de la conservation des informations « au-delà de la durée prévue par la demande d'avis ou la déclaration préalable à la mise en œuvre du traitement informatisé... » « sauf si ce traitement a été autorisé dans les conditions prévues par la loi » (art. 226-20 CP). L'article 226-21 sur le détournement de la finalité lui-même, dans la mesure où il vise aussi « la finalité telle que définie... par les déclarations préalables à la mise en œuvre du traitement », peut contenir une référence implicite à un règlement administratif. Il n'est pas jusqu'au délit de l'article 226-22 du code pénal qui, en incriminant la divulgation d'informations nominatives à « un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir », n'est susceptible de renvoyer tacitement à un règlement administratif.

6 - Or parmi les actes administratifs de nature réglementaire visés explicitement ou implicitement par les différents textes, il en est un certain nombre qui émanent de la CNIL. Certains sont désignés par la loi du 6 janvier 1978 elle-même comme des actes réglementaires et reconnus officiellement comme tels par la doctrine (A). Les autres sont des autorisations données par la CNIL dont la nature

(13) Voir encore art. 226-19 et 226-23 CP ainsi que 43 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

juridique, à l'examen, ne peut qu'être rattachée au pouvoir réglementaire de cette Commission (B).

A - Normes édictées par la CNIL et création de règles pénales

7 - Aux termes de l'article 6 in fine de la loi du 6 janvier 1978, « la Commission (CNIL) dispose à cet effet (veiller au respect des dispositions de la loi) du pouvoir réglementaire, dans les cas prévus par la loi ». Une disposition analogue figure dans l'article 21 de la même loi qui énumère la plupart des pouvoirs de la CNIL pour l'exercice de sa mission. Le 1° de cet article dispose qu'elle prend, outre des décisions individuelles, « des décisions réglementaires dans les cas prévus par la loi ». Ces cas, outre le pouvoir d'établir son règlement intérieur (art. 8, al.4), sont au nombre de deux reconnus unanimement par les auteurs (14) : l'élaboration de normes simplifiées (art. 17) ; l'établissement de règlements types en vue d'assurer la sécurité des systèmes (art. 21-3°). Or ces deux types de règlements sont, l'un et l'autre, susceptibles d'entrer dans l'élément légal de certaines des incriminations en la matière.

a - Les normes simplifiées

8 - Selon l'article 17 de la loi de 1978, pour les catégories les plus courantes de traitements à caractère public ou privé, qui ne comportent manifestement pas d'atteinte à la vie privée ou aux libertés, la CNIL établit et publie des normes simplifiées inspirées des caractéristiques que doivent présenter les demandes d'avis à la CNIL pour les TAIN du secteur public et les déclarations ordinaires pour ceux du secteur privé. De la sorte, pour les TAIN qui correspondent à ces normes, une simple déclaration de conformité à l'une d'elles auprès de la CNIL suffit à satisfaire aux formalités préalables à la mise en œuvre d'un traitement. Ainsi, en matière de création de TAIN, outre l'autorisation légale ou l'acte réglementaire pris sur avis conforme de la CNIL pour les TAIN du secteur public et la déclaration ordinaire pour ceux du secteur privé, existe la déclaration de conformité à une norme simplifiée, que le traitement ait un caractère public ou privé. En ce cas, l'acte réglementaire qu'est la norme simplifiée constitue en quelque sorte l'aune à laquelle on va mesurer la licéité ou l'illicéité du traitement qui a fait l'objet de la déclaration.

Dans la pratique, ce système des déclarations simplifiées est très important si l'on sait que, depuis sa création, la CNIL a élaboré une bonne quarantaine de normes simplifiées (15) et que la très grande majorité des traitements enregistrés par la Commission de 1978 à 2000 résulte de déclarations simplifiées (16).

9 - Or, l'analyse de la structure de l'élément légal des délits de TAIN sans respect des formalités préalables et de détournement de finalité fait apparaître en filigrane de manière certaine la place essentielle des normes simplifiées. Cela est si vrai que, dans la pratique, la poursuite vise la norme simplifiée sans se préoccuper du contenu de la déclaration simplifiée alors que c'est cette dernière qui est seule visée dans les textes d'incrimination.

(14) J. Frayssinet, *Informatique, Fichiers et libertés*, Litec 1992, n° 33 et svts ; M. Vivant et al., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, 2001, n° 593.

(15) Voir la liste des 40 normes simplifiées in CNIL, *Informatique et libertés*, éd. Du JORF, 1996, p. 137 et svts. Adde N.S. n° 41 concernant les TAIN relatifs aux instruments financiers créée par délibération du 9 septembre 1997, CNIL, 18ème rapport 1997, p. 13-16.

(16) 536 827 sur un total de 753 676 traitements enregistrés soit 71,22%, CNIL 21ème Rapport d'activité 2000, la doc. Frse, juin 2001, n° 13.

10 - 1° Prenons d'abord le cas du *délit de défaut d'accomplissement de formalités préalables*. C'est l'article 226-16 du code pénal qui le prévoit. Ce texte dispose que le fait de procéder ou de faire procéder à des TAIN sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la loi est puni de 3 ans d'emprisonnement et de 300 000F d'amende. Prenons par exemple le cas de la déclaration simplifiée par EDF-GDF du TAI relatif à la consommation de gaz et d'électricité (norme simplifiée n° 8 résultant d'une délibération de la CNIL n° 80-16 du 6 mai 1980, JO 29 mai 1980). L'article 3 de cette norme « catégorie d'informations traitées » prévoit que « les informations traitées doivent relever seulement des catégories suivantes : c) Renseignements élémentaires objectifs entrant dans le cadre d'un contentieux éventuel, notamment date de rappel, d'envoi d'une lettre recommandée, d'intervention d'un huissier, etc... ». Si le gestionnaire du traitement, pris d'un excès de zèle, inscrit au nom d'un usager : « mauvais payeur, n'a pas acquitté ses factures plusieurs fois dans le passé », le traitement n'est plus conforme à la norme, il y a donc TAIN non conforme à la déclaration. Tout se passe comme s'il y avait eu TAIN sans déclaration et le responsable du fichier sera pénalement répréhensible. On voit bien qu'en pareil cas la norme simplifiée constitue l'élément administratif dont la connaissance est indispensable pour savoir si le délit de l'article 226-16 est ou non constitué.

11 - 2° Prenons maintenant le *délit de détournement de finalité*. Prévu par l'article 226-21 du Code pénal, il consiste dans le fait pour toute personne détentrice d'informations nominatives à l'occasion de leur traitement de détourner ces informations de leur finalité telle qu'elle est définie, entre autres, par les déclarations préalables à la mise en œuvre de ce traitement. Or les normes simplifiées contiennent toutes un article intitulé « Finalité des traitements » qui indique les fonctions que les traitements doivent seules avoir. Ainsi la norme simplifiée n° 8 précitée, dans son article 2, précise que les traitements de consommation de gaz et d'électricité doivent avoir pour seules fonctions d'établir les factures, de percevoir les taxes, d'établir les pièces comptables nécessaires et de gérer les comptes des personnes concernées. De la sorte, si un agent, gestionnaire du fichier, communiquait l'identité et l'adresse des abonnés à des agents immobiliers ou à des courtiers d'assurance, moyennant finances évidemment, pour faciliter leur démarchage, il se rendrait coupable de détournement de finalité de ce fichier. On voit bien ici encore que l'appréciation de l'existence du délit est subordonnée à l'examen de la norme simplifiée à la conformité de laquelle a été faite la déclaration : cette norme est bien un aspect essentiel de l'élément légal, son élément administratif (17). En revanche, si l'utilisation du fichier est conforme à la norme simplifiée, le délit de détournement ne pourra pas être retenu. Il a été ainsi jugé qu'il ne peut être fait grief à une Cour d'appel d'avoir dit qu'une association devra remettre à un candidat à l'élection au comité chargé d'administrer l'association, la liste des électeurs membres de l'association en vue de son utilisation exclusivement à des

(17) Cf. Trib. Cor. Paris, 16 déc. 1994 (affaire risq'azur), 15ème rapport de la CNIL, 1994, p. 451-458, sp. 457, Rev. Sc. crim. 1996. 676, obs. Francillon. Dans cette affaire, des agents d'EDF qui étaient appelés dans l'exercice de leurs fonctions à manipuler des bons de travaux récapitulant les informations recensées par EDF auprès de ses clients et conservées dans son fichier, afin d'effectuer les opérations matérielles requises par les abonnés, avaient détourné ces informations de leur finalité en les transmettant à un courtier d'assurances. V. Encore Trib. Cor. Rennes 8 déc. 1988 : détournement par un membre du directoire d'une caisse d'épargne d'un fichier clients (tenu en application de la N.S. n° 12) à des fins de prospection commerciale concernant des produits non liés à l'activité bancaire (9ème rapport CNIL, 1988, p. 402-403).

fins électorales, car la cour n'a pas violé la norme simplifiée n° 23 établie par la CNIL dont elle a exactement jugé qu'elle s'appliquait exclusivement dans le cadre des traitements ayant pour finalité principale la gestion courante des associations (18). Il s'agissait certes en l'espèce d'un procès civil, mais l'argumentation aurait été la même si, les dirigeants de l'association avaient communiqué ladite liste et avaient fait l'objet de poursuites pour détournement de finalité. Des solutions similaires peuvent elles être données à propos de cette autre variété de règlements reconnus comme tels par la loi de 1978 que sont les règlements type de sécurité ?

b - Les règlements types de sécurité

12 - L'article 31-3° de la loi de 1978 dispose que pour l'exercice de sa mission, la CNIL édicte, le cas échéant, des *règlements types en vue d'assurer la sécurité des systèmes* et qu'en cas de circonstances exceptionnelles, elle peut prescrire des *mesures de sécurité pouvant aller jusqu'à la destruction des supports d'information*.

À la différence des normes simplifiées dont elle a usé abondamment (19), la CNIL a marqué dès le début de son fonctionnement une certaine réticence à recourir à ce type de règlement en raison des difficultés qu'il y a à cerner les problèmes de sécurité et à en insérer les solutions dans des actes réglementaires (20). Aussi écrivait-elle 10 ans après, en 1988 « à ce jour, du fait de la diversité des situations et de la rapidité des évolutions techniques, la Commission s'est abstenue d'user de ce pouvoir réglementaire ; elle s'est limitée en juillet 1981, à publier une recommandation relative aux mesures générales de sécurité informatique » (21). Cette recommandation (22) n'a évidemment pas la valeur obligatoire d'un règlement et n'aurait pas pu être attaquée par la voie du recours pour excès de pouvoir (23).

Depuis 1988, la Commission ne semble pas avoir davantage adopté de règlement type en matière de sécurité. Elle préfère à cet égard inciter les maîtres des systèmes de TAIN à adopter des mesures de sécurité, soit dans ses avis lors de l'accomplissement des formalités préalables (24), soit de manière générale dans des propositions ou suggestions (25).

13 - Il reste que la CNIL a le pouvoir d'édicter des règlements types de sécurité. D'autre part la sécurité des informations nominatives traitées n'est pas seulement une obligation civile consacrée par l'article 29 de la loi de 1978 (26) ;

(18) Civ1 14 déc. 1999, JCP.2000.II.10264, note Chartier.

(19) Cf. Supra, n° 8.

(20) CNIL, 1er Rapport 1978-1980, p. 28.

(21) CNIL, Dix ans d'informatique et libertés, Economica 1988, p. 50.

(22) Délibération n° 81-94 du 21 juillet 1981, CNIL 2ème rapport, 1981, p. 268-269 et son commentaire, même rapport, p. 138-142.

(23) Cf. infra, n° 33.

(24) Voir par ex. Délibération n° 96-070 du 10 septembre 1996 portant avis sur un projet d'arrêté de répertoire national inter-régimes des bénéficiaires de l'assurance maladie, CNIL 17ème rapport, 1996, p. 261 et svts, sp. p. 266 : « considérant, y est-il dit, que conformément à l'article 21-3° de la loi du 6 janvier 1978, la CNAVTS organisme gestionnaire du RNIAM, a prévu qu'en cas de circonstances exceptionnelles, des mesures de sécurité appropriées soient prises pouvant aller jusqu'à la destruction des informations du répertoire ».

(25) Ainsi à propos de la sécurisation des cartes bancaires, on peut lire dans le dernier rapport (21ème rapport, 2000) p. 165 : « la CNIL est à l'origine de cette mesure réclamée par les pouvoirs publics ».

(26) Art. 29 : « Toute personne ordonnant ou effectuant un TAIN s'engage de ce fait, vis-à-vis des personnes concernées à prendre toutes précautions utiles afin de préserver la sécurité des informations et notamment d'empêcher qu'elles ne soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés ». Cf. Civ.1, 7 oct. 1997, D.1997.IR.225.

elle est également pénalement sanctionnée par un délit correctionnel. L'article 226-17 du Code pénal dispose en effet que « le fait de procéder ou de faire procéder à un TAIN sans prendre toutes les précautions pour préserver la sécurité de ces informations et notamment empêcher qu'elles soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 2 millions de francs d'amende ».

Cette incrimination n'est pas purement théorique. Elle a donné lieu à plusieurs poursuites dont l'une au moins est remontée jusqu'à la Chambre criminelle (27). Le texte incrimine de manière générale le défaut de précautions pour préserver la sécurité des informations : il ne vise pas expressément la violation des règlements types de sécurité. Il n'en demeure pas moins que si le maître d'un système venait à méconnaître un règlement type applicable à son traitement, sa responsabilité pénale serait ipso facto établie. Bien que le règlement ne soit pas mentionné dans le texte d'incrimination, il fait partie de l'élément légal, il en est l'élément administratif. La situation est comparable à celle du délit d'homicide par imprudence où, à côté de la faute par maladresse, imprudence, inattention ou négligence, est incriminée la violation du règlement contenant une obligation de sécurité ou de prudence.

B - Autorisations données par la CNIL et règles pénales

14 - Outre le pouvoir de faire des règlements, la CNIL a aussi dans ses attributions celui de donner des *autorisations*. Celles-ci sont d'autant plus intéressantes au regard du droit pénal que non seulement elles entrent parfois dans la composition de l'élément légal de l'infraction, mais qu'elles peuvent également valoir fait justificatif.

a - Les décisions d'autorisation de la CNIL, éléments légaux des infractions

15 - Dans le texte initial de la loi de 1978, il n'était pas prévu que la création d'un traitement puisse relever d'une autorisation de la CNIL. Celle-ci ne pouvait qu'émettre des avis préalables aux règlements administratifs ordinaires de création des traitements du secteur public et recevoir les déclarations de mise en œuvre pour les traitements du secteur privé. Mais l'évolution législative a introduit le système de l'autorisation pour certains traitements particuliers (1°). D'autre part, la CNIL elle-même a tenté de s'ériger en juge de la légalité des déclarations de traitement en imaginant la décision de refus de réception de déclaration (2°).

1° - Les autorisations de la CNIL

16 - La loi du 1er juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé a introduit dans la loi de 1978 des articles 40-1 à 40-10 pour soumettre ces traitements à un régime juridique particulier destiné à concilier les exigences de la recherche médicale avec une protection renforcée des personnes qui se prêtent à cette sorte de recherche. Or les

(27) Crim. 19 déc. 1995, B. n° 387, Dr. Pén. juin 1996. Com. n° 126 obs. Veron, Gaz. Pal. 25 oct. 1996, note A. Mole, Rev. Sc. crim. 1996.676, obs. Francillon, Petites affiches 24 nov. 1997, n° 141, note S. Nadal (collecte de renseignements relatifs à des « mauvais payeurs » en s'abstenant systématiquement d'enregistrer le lieu de naissance de ces personnes, créant ainsi un préjudice à tous les homonymes concernés).

formalités préalables à la mise en œuvre de ces traitements obéissent à une procédure particulière qui comprend un avis préalable d'un comité consultatif composé de personnalités compétentes en matière de recherche sanitaire, mais aussi une *autorisation de mise en œuvre* donnée par la CNIL (art. 40-2).

La loi du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture de maladie universelle contient, à son tour, un article 41 qui a inséré dans la loi de 1978 des articles 40-11 à 40-15 sur le traitement des données personnelles de santé à des fins d'évaluation ou d'analyse des activités de soins et de prévention. Or, ici encore, la création des traitements est subordonnée non à la procédure de droit commun des articles 15 et 16 de la loi de 1978, mais à une *autorisation* de la CNIL dont la procédure est prévue par les articles 40-13 et 40-14.

17 - Comment analyser ces autorisations ? S'agit-il d'actes administratifs individuels ou d'actes réglementaires ? Le terme d'autorisation pourrait faire penser à un acte individuel comparable à une autorisation ou permis de construire par exemple, ce qui suffirait d'ailleurs à en faire l'élément légal d'une infraction. Mais une telle analyse paraît inexacte. En effet lorsqu'il s'agit des traitements du secteur public, l'article 15 de la loi de 1978 dispose que hormis le cas où ils doivent être autorisés par la loi, ces traitements sont décidés par un acte réglementaire pris après avis motivé de la CNIL. Pourquoi la création de ces traitements résulterait-elle d'un acte réglementaire, alors que celle des traitements sanitaires de recherche scientifique ou d'évaluation administrative - qui sont d'ailleurs souvent des traitements du secteur public seraient des actes individuels ? Il n'est pas douteux que l'on a affaire ici encore à des règlements qui, prenant la forme d'autorisation, entrent dans la compétence de la CNIL.

18 - Ces autorisations composent en tout cas ici encore l'élément légal du délit de mise en œuvre de TAIN sans respect des formalités préalables prévu par l'article 226-16 du code pénal. L'infraction sera constituée soit si l'autorisation n'a pas été obtenue, soit si le traitement quoiqu'autorisé, ne respecte pas les prescriptions contenues dans l'acte d'autorisation. On voit bien qu'en disposant que constitue le délit le fait de procéder ou faire procéder à des TAIN sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre, l'article 226-16 fait des autorisations de la CNIL - formalités préalables décisives - l'une des composantes de l'élément légal du délit.

Une observation analogue peut être faite à propos du délit de détournement de finalité, du moins pour les décisions de la CNIL autorisant les traitements ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé expressément mentionnées par l'article 226-21 du Code pénal. De manière tout à fait inexplicable, si ce n'est par l'inadvertance de plus en plus courante du législateur, cet article n'a pas été remanié par la loi du 27 juillet 1999 pour les traitements d'évaluation et d'analyse des activités sanitaires. Ce n'est pas à dire cependant que le détournement de finalité de ces traitements ne pourra pas être réprimé. Il le sera indirectement par le biais du délit de défaut d'accomplissement des formalités préalables de l'article 226-16, puisque la mise en œuvre du traitement ne serait pas conforme à l'autorisation accordée et qu'il aurait fallu recourir à une procédure de modification du traitement.

2° - Les refus de la CNIL

19 - Avant même qu'elle se soit dotée du pouvoir de donner des autorisations entrant dans la composition de l'élément légal de certaines infractions, la CNIL avait cru tenir de la loi de 1978 la compétence pour prendre des décisions

de refus de déclaration ordinaire de TAIN. L'article 16 de la loi qui régit ces déclarations dispose que les traitements du secteur privé « doivent, préalablement à leur mise en œuvre, faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL (28). Cette déclaration comporte l'engagement que le traitement satisfait aux exigences de la loi. Dès qu'il a reçu le récépissé délivré sans délai par la Commission, le demandeur peut mettre en œuvre le traitement. Il n'est exonéré d'aucune de ses responsabilités ». Bien que le texte énonce que la Commission délivre le récépissé de déclaration sans délai, la pratique s'était instaurée, dans les cas où la méconnaissance de la loi lui paraissait caractérisée, qu'elle refuse de délivrer le récépissé ou qu'elle en suspende la délivrance jusqu'à ce que le responsable du traitement ait modifié son projet.

Par arrêt du 6 janvier 1997, le Conseil d'État a condamné cette pratique au motif qu'il résulte des termes mêmes de l'article 16 que la Commission ou son président ne peut refuser de délivrer le récépissé du dépôt de déclaration, dès lors que le dossier présenté comporte bien l'engagement prévu à l'article 16 et est conforme aux prescriptions de l'article 19 (29). Il n'empêche que pendant plusieurs années la délivrance de récépissés a été refusée ou suspendue par une décision de la CNIL qui constitue en quelque sorte l'antithèse d'une décision d'autorisation. Que se serait-il passé si le déclarant du traitement l'avait mis en œuvre malgré une décision de refus ou de suspension ? Aurait-il été condamné pour le délit de défaut d'accomplissement des formalités préalables de l'article 226-16 du Code pénal ? On voit bien que le pivot de la réponse à la question repose sur l'appréciation de la légalité ou de l'illégalité de la décision de refus ou de suspension qui se situe ainsi au cœur de l'élément légal. Et comme il n'y a pas de raison de ne pas analyser la nature juridique des décisions de refus ou de suspension de manière différente de celle des autorisations, on peut voir ici encore à l'œuvre le rôle d'un acte réglementaire dans la structure d'une infraction pénale.

b - Les décisions d'autorisation, faits justificatifs d'infraction

20 - Les décisions d'autorisation de la Commission jouent aussi parfois le rôle de faits justificatifs de certaines incriminations en la matière, faits justificatifs dont on sait qu'ils sont analysés par la doctrine pénale soit comme l'expression de la nécessité d'un quatrième élément de l'infraction - l'élément injuste -, soit plus simplement comme un instrument de neutralisation de l'élément légal de l'infraction. On peut ainsi repérer dans les textes relatifs à l'informatique et aux libertés deux cas de justification.

21 - 1°/ Le premier se trouvait déjà dans la loi originale de 1978, mais il a été retouché récemment par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Pour le comprendre, il faut partir de l'article 28 modifié de la loi de 1978. Ce texte dispose que les informations ne peuvent être conservées sous une forme nominative au delà de la durée nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées qu'en vue de leur traitement à des fins historiques, statistiques ou scientifiques. Par ailleurs l'article 226-20 du Code pénal punit de 3 ans d'emprisonnement et de 300 000F d'amende le fait de *conserver des informations sous une forme*

(28) Il s'agit ici des *déclarations ordinaires* qu'il faut distinguer des *déclarations simplifiées* de l'article 17 examinées précédemment (cf. n° 8 et svts).

(29) CE 6 janvier 1997, Caisse d'Épargne Rhône-Alpes Lyon, D.1997.I.219, note Maisl, JCP.1997.II.22841, note Frayssinet.

nominative, et a fortiori de *les traiter, au delà de la durée prévue* par la demande d'avis ou la déclaration préalable à la mise en œuvre du traitement sauf si cette conservation est effectuée à des fins historiques, statistiques ou scientifiques. Mais le même article ajoute aussi « *sauf si ce traitement est autorisé dans les conditions prévues par la loi* ».

Or, quand on revient à l'article 28 de la loi de 1978, on observe que le II de ce texte prévoit que les informations conservées ne peuvent faire l'objet d'un traitement à d'autres fins qu'à des fins historiques, statistiques ou scientifiques, « à moins que ce traitement n'ait reçu l'accord exprès des intéressés ou ne soit autorisé par la Commission dans l'intérêt des personnes concernées ». Ainsi, comme l'accord des intéressés, l'autorisation de la CNIL vient justifier le délit de conservation et traitement de données nominatives au-delà de la durée prévue. Et comme, en définitive, cette autorisation équivaut en somme à une nouvelle autorisation de mise en œuvre de traitement, on ne voit pas qu'on puisse lui refuser la nature juridique d'acte réglementaire.

22 - 2°/ La même observation peut être faite à propos d'une autre autorisation justificative qui a été créée par la loi du 1er juillet 1994 relative aux TAIN ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé.

L'article 40-5 de la loi de 1978 modifiée dispose que les personnes concernées par ces traitements doivent être individuellement informées, avant le recueil des données ou leur transmission à des tiers des caractéristiques de ces données afin de leur permettre d'exercer leur droit d'opposition en connaissance de cause et même dans certains cas, de donner leur consentement éclairé et exprès. Mais les alinéas 2 et 3 du même article prévoient deux exceptions à cette obligation d'information : lorsqu'existent des raisons légitimes appréciées en conscience par le médecin traitant de laisser le malade dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave (intérêt du malade) ; dans le cas où les données ayant été initialement recueillies pour un autre objet que le traitement, l'obligation d'information individuelle se heurte à la difficulté de retrouver les personnes concernées (intérêt de la recherche). Et le texte d'ajouter : « les dérogations à l'obligation d'informer les personnes de l'utilisation de données les concernant à des fins de recherche sont mentionnées dans le dossier de demande d'autorisation transmis à la CNIL qui statue sur ce point ». Ainsi, outre l'autorisation globale de mise en œuvre du traitement prévue par l'article 40-2 (30), l'article 40-5 prévoit une autorisation particulière de la CNIL dispensant le responsable du traitement de son obligation d'information.

Or, comme par ailleurs l'article 226-18 du Code pénal, alinéa 2-1°, punit de peines correctionnelles sévères (5 ans de prison et 2 millions de francs d'amende) le défaut d'information individuelle des personnes concernées, l'autorisation particulière de la CNIL visée par l'article 40-5 in fine constitue un acte réglementaire qui vaut fait justificatif de ce délit, la seule difficulté étant de savoir si cette autorisation préalable est exigée dans les deux cas de dispense, ou seulement dans le second (31).

(30) Cf. Supra, n° 16.

(31) MM. Frayssinet et Pedrot (la loi du 1er juillet 1994, JCP.1994.I.3810) pensent que l'autorisation de la CNIL est requise dans les deux cas (n° 22 in fine). Mais il semble qu'elle ne soit nécessaire que dans le second cas, car dans le premier l'appréciation de l'opportunité de laisser le malade dans l'ignorance de sa maladie relève, non du responsable du TAIN, mais du médecin traitant et on comprendrait mal que sa décision, qui concerne nécessairement chaque malade individuellement, soit subordonnée au fait que la CNIL a ou n'a pas autorisé, de manière générale, la dispense de l'obligation d'information.

23 - Ainsi, si l'on veut bien considérer que les autorisations de TAIN données par la CNIL constituent, non des actes administratifs individuels, mais des actes réglementaires, ces autorisations jointes aux règlements attribués comme tels à la Commission dessinent, dans les éléments légaux des infractions relatives aux TAIN, un certain nombre de poches d'importance variable certes selon les hypothèses, mais globalement loin d'être négligeables. Il en est ainsi plus particulièrement pour les normes simplifiées puisque l'on a vu que plus de 70% des TAIN dont la liste est tenue par la CNIL ont été portés à sa connaissance par la voie de déclarations simplifiées (32). Mais ces hypothèses n'épuisent pas cependant tout ce qui, en matière pénale comme en matière administrative, peut être attribué au pouvoir réglementaire de la Commission. En effet, à côté de ce que l'on a appelé le pouvoir réglementaire direct de la CNIL, il existe aussi une sorte de pouvoir réglementaire implicite, discret, indirect, qui vient encore grossir la place que l'on peut attribuer à ce pouvoir dans les prérogatives de la CNIL dans ses rapports avec le droit pénal.

II - POUVOIR RÉGLEMENTAIRE INDIRECT ET DROIT PÉNAL

24 - Parmi les attributions de la CNIL, figure en bonne place le pouvoir de donner des avis, voire même celui de faire des propositions. De même la CNIL tient de la loi le pouvoir de prendre des décisions individuelles de nature diverse. Sans doute, pris isolément, aucun de ces actes administratifs n'est l'expression d'un pouvoir réglementaire quelconque. Mais le rapport que certains d'entre eux entretiennent avec les actes réglementaires et l'addition de décisions individuelles allant toujours dans la même direction pour d'autres, contribuent à la formation d'une sorte de *pouvoir réglementaire* occulte de la CNIL qui n'a rien à envier à son pouvoir réglementaire officiel. L'observation a d'autant plus d'importance qu'elle concerne non seulement le droit pénal de fond (A), mais encore la procédure pénale (B).

A - Pouvoir réglementaire indirect et droit pénal de fond

25 - La loi de 1978 donne à la CNIL le pouvoir d'accomplir plusieurs catégories d'actes administratifs à caractère non réglementaire qui sont susceptibles d'entretenir des *relations avec la formation du contenu de l'élément légal des infractions pénales* en matière d'informatique et libertés. Comme la nature et l'étroitesse de ces relations varient notablement de l'une à l'autre de ces catégories et ne permettent pas de les qualifier toutes de pouvoir réglementaire indirect, il paraît utile de commencer par en dresser l'inventaire (a), avant d'en discuter la portée (b).

a - Inventaire

26 - Les actes à caractère non réglementaire de la CNIL ayant une incidence sur la formation du contenu de l'élément légal des infractions sont de cinq sortes.

27 - 1°/ Les actes auxquels on pense d'abord sont les *avis conformes* de la CNIL qui sont requis avant l'adoption d'un acte réglementaire par l'autorité administrative traditionnelle. Trois cas sont prévus par la loi.

En premier lieu, lorsqu'il existe des motifs d'intérêt public d'écarter le principe de l'interdiction de traitement des informations « sensibles » (origines

(32) Cf. *Supra*, n° 8.

raciales, opinions politiques, etc...), il peut être fait exception à celui-ci par un décret en Conseil d'État, mais ce décret ne peut être pris qu'après avis conforme de la CNIL (art. 31, dernier alinéa).

Dans le prolongement de cette solution, la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, qui a modifié l'article 28 de la loi de 1978 relatif à la conservation des données nominatives au delà de la durée prévue lors de la création du traitement, a ajouté un nouveau cas d'avis conforme. Il suppose déjà que, par exception au principe de l'interdiction du traitement des données « sensibles », un tel traitement a été déjà autorisé par un décret en Conseil d'État pris sur avis conforme de la CNIL. Si la prolongation de ce traitement au delà de la durée prévue est envisagée, cela ne sera possible que s'il existe bien entendu des motifs d'intérêt public, mais aussi à condition que ce soit dans l'intérêt des personnes concernées, et il faudra ici encore un décret en Conseil d'État sur avis conforme de la Commission.

Le troisième cas vise les traitements des informations nominatives concernant les infractions, condamnations ou mesures de sûreté ; l'article 30 alinéa 1 en réserve en principe le monopole aux juridictions et autorités publiques agissant dans le cadre de leurs attributions légales, mais il ajoute que les personnes morales gérant un service public peuvent également procéder à ce traitement sur avis conforme de la CNIL. En pareil cas l'avis de la Commission qui, aux termes de l'article 15 doit précéder l'acte réglementaire de création du traitement, ne devra pas seulement être motivé mais conforme.

28 - 2°/ Une deuxième catégorie d'actes consiste en effet dans des *avis simples motivés*. L'article 15 précité dispose ainsi que, hormis les cas où ils doivent être autorisés par la loi, les TAIN opérés pour le compte de l'État, d'un établissement public ou d'une collectivité territoriale ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public, sont décidés par un acte réglementaire pris après avis motivé de la CNIL (33). Si l'avis de cette dernière est défavorable, il ne peut être passé outre que par un décret pris sur avis conforme du Conseil d'État ou s'agissant d'une collectivité territoriale, en vertu d'une décision de son organe délibérant approuvée par décret pris sur avis conforme du Conseil d'État.

29 - 3°/ Troisième catégorie, les *avis simples non motivés*. Un tel avis est requis pour la prise d'un décret autorisant l'utilisation du répertoire national d'identification des personnes physiques, laquelle, par dérogation aux formalités préalables de droit commun des articles 15 et 16 de la loi de 1978, ne peut être effectuée, en vertu de l'article 18, que sur autorisation d'un décret en Conseil d'État après avis de la Commission. La même solution est retenue, par l'article 24, pour l'autorisation ou la réglementation de la transmission entre le territoire français et l'étranger d'informations nominatives faisant l'objet de TAIN du secteur privé, donc soumis aux déclarations de l'article 16 : le flux transfrontières est subordonné à un décret en Conseil d'État pris après avis de la CNIL.

Outre la loi de 1978, certaines lois spéciales relatives à des TAIN particuliers requièrent également parfois pour leur application des décrets en Conseil d'État, lesquels doivent être pris après avis de la CNIL. Tel est le cas par exemple de

(33) Sauf lorsqu'il s'agit de traitements qui, quoique du secteur public, ne présentent pas de danger pour la vie privée et les libertés et peuvent, en vertu de l'article 17, faire l'objet d'une déclaration de conformité à une norme simplifiée lorsqu'il en existe une correspondant au traitement envisagé (cf. *supra*, n° 8).

l'article 8 de la loi du 4 janvier 1980 relative à l'automatisation du casier judiciaire (art. 779 dernier alinéa du Code de Procédure pénale).

30 - 4°/ Quatrième catégorie : les propositions.

De façon générale, la CNIL dispose du pouvoir de proposer au Gouvernement toutes mesures législatives ou réglementaires de nature à adapter la protection des libertés à l'évolution des procédés et techniques informatiques (Art. 1er dernier alinéa du décret d'application de la loi de 1978 en date du 17 juillet 1978).

Mais de manière particulière aussi, la CNIL dispose parfois d'un pouvoir de proposition dans des cas où est requis un avis conforme (art. 31 dernier alinéa et 28.II) ou même un avis simple (art. 24). La Commission se voit donc offrir une alternative : initiative par une proposition ou appréciation d'un projet gouvernemental dont elle est saisie pour avis.

L'article 45 dernier alinéa subordonne même à une proposition de la CNIL l'extension par décret en Conseil d'État aux fichiers non automatisés ou mécanographiques de tout ou partie des dispositions de la loi de 1978, autres que celles qui leur sont déjà étendues de plein droit par les alinéas précédents de l'article 45, lorsque ces fichiers présentent, soit par eux-mêmes, soit par la combinaison de leur emploi avec celui d'un fichier informatisé, des dangers quant à la protection des libertés.

31 - 5°/ Restent les recommandations. Visées incidemment par l'article 22 alinéa 2, elles indiquent à leurs destinataires quel comportement elles leur souhaitent voir adopter. La CNIL en a adopté jusqu'à ce jour plus d'une vingtaine, les dernières étant, semble-t-il, les recommandations sur les modalités de l'informatisation de la déclaration obligatoire de séropositivité au virus de l'immunodéficience humaine (34).

b - Portée

32 - Tous les actes précédemment inventoriés peuvent certes avoir une incidence sur la composition du contenu de l'élément légal des infractions en matière d'informatique et libertés, notamment des délits de mise en œuvre de traitement sans respect des formalités préalables (art. 226-16 CP), mise en mémoire ou conservation d'informations « sensibles » sans accord exprès de l'intéressé, ainsi que d'informations concernant des infractions, condamnations ou mesures de sûreté hors les cas prévus par la loi (art. 226-19 CP), conservation ou traitement sous forme nominative d'informations au-delà de la durée prévue sauf autorisation dans les conditions prévues par la loi (art. 226-20 CP) et détournement de finalité (art. 226-21 CP). Mais tous ces cas ne peuvent pas pour autant être considérés comme formant un pouvoir réglementaire indirect de la CNIL en matière de création ou de justification d'infractions pénales.

Il convient donc de rechercher un critère aussi précis que possible de ce qui peut être considéré comme du pouvoir réglementaire implicite. Celui auquel on pense d'abord est la recevabilité du recours pour excès de pouvoir et de l'exception d'illégalité, pour peu que l'on attribue par ailleurs aux actes administratifs considérés le caractère d'actes à portée générale et impersonnelle. Mais ce critère n'est pas satisfaisant car il ne tient pas compte de la complexité de la situation. Aussi convient-il de se retourner vers un autre critère tiré du degré de solidarité entre

(34) Délib. n° 99-059 du 9 décembre 1999, CNIL 20ème rapport d'activité, 1999, p. 297.

les mesures préparatoires de la CNIL et les actes réglementaires de l'Administration traditionnelle qui les suivent.

33 - 1°/ S'agissant de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir comme de l'exception d'illégalité soulevée devant le juge pénal, aucune des catégories d'actes de la CNIL précédemment inventoriées n'est considérée en elle-même comme un acte faisant grief et n'est donc pas susceptible d'être attaqué par ces moyens d'annulation ou de neutralisation.

Il en est certainement ainsi pour les recommandations (35), sauf toutefois la recevabilité du recours pour excès de pouvoir si elles venaient à dissimuler de véritables décisions (36). On a certes raison de considérer que la recommandation est une « norme de fait » en ce que ses destinataires se considèrent comme tenus par elle (37), elle ne peut cependant pas être considérée comme une « norme de droit ». Au demeurant, une recommandation dissimulerait-elle une décision réglementaire susceptible de recours pour excès de pouvoir, que le juge pénal, à la différence de l'Administration, ne devrait pas se considérer comme tenu par elle et n'aurait donc pas à statuer sur l'exception d'illégalité : on sait en effet qu'une jurisprudence constante de la Chambre criminelle juge que le principe de la légalité des délits et des peines s'oppose à ce qu'une circulaire ministérielle puisse être considérée comme une source de droit pénal (38).

Les propositions ne peuvent pas davantage être attaquées pour illégalité : ce ne sont pas des actes décisifs, mais de simples mesures préparatoires (39).

Le Conseil d'État adopte la même solution pour les avis, y compris les avis conformes (40). Il considère toujours en effet que ce sont de simples mesures préparatoires et non de véritables actes décisifs. Pourtant on dit qu'alors la Commission est, de fait, coauteur de la décision et elle parle elle-même dans ses rapports de son « pouvoir de codécision » (41).

En définitive peuvent seuls être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir les décrets et autres actes réglementaires émanant des autorités administratives traditionnelles créant ou modifiant des TAIN ou plus généralement se rapportant à l'application de la législation informatique et libertés. Mais c'est ici précisément que s'insèrent les données qui vont fournir le critère permettant de discerner quels sont les actes de la CNIL en relation avec le droit pénal de fond qui

(35) CE 27 septembre 1989, JCP.1990.II.21525, note Frayssinet.

(36) L'arrêt du Conseil d'État précité a relevé en effet que la recommandation de la CNIL attaquée s'était bornée à donner une interprétation du texte incriminant le détournement de finalité et à recommander aux maîtres des systèmes de TAIN d'assurer le respect des dispositions de ce texte. C'est dire, par a contrario, que si ladite recommandation avait ajouté ou retranché au texte d'incrimination, le recours pour excès de pouvoir eût été recevable, car ladite recommandation aurait dissimulé une circulaire réglementaire.

(37) Cf. La note de M. Frayssinet précitée (IV).

(38) Voir en dernier lieu, Crim. 16 janvier 2001, B. n° 12, Rev. Sc. crim. 2001.571, obs. Boulloc ; 20 juin 2001, JCP.2001.IV.2393.

(39) En revanche on a soutenu que le refus de la CNIL d'émettre une proposition constituerait un acte décisif susceptible de recours pour excès de pouvoir (Frayssinet, informatique, fichiers et libertés, Litec, 1992, n° 69).

(40) Ch. Debbasch et J.-C. Ricci, Contentieux administratif, 7ème éd. 1999 et la jurisprudence citée. Mais les refus d'avis de la part de la CNIL pourraient être tenus comme décisions susceptibles de recours en annulation, sous réserve que pour les avis les plus importants et les plus fréquents, les avis motivés préalables aux actes réglementaires qui autorisent la mise en œuvre des TAIN du secteur public, l'article 15 dernier alinéa de la loi de 1978 dispose que si, au terme d'un délai de deux mois renouvelable une seule fois, l'avis de la commission n'est pas notifié, il est réputé favorable, ce qui supprime l'intérêt à agir en excès de pouvoir contre le silence prolongé de l'administration valant refus implicite.

(41) Vivant et al., Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, éd. 2001, n° 598.

peuvent être considérés comme entrant dans la composition de son pouvoir réglementaire indirect en raison de leur étroite solidarité avec ces règlements.

34 - 2°/ Deux situations sont à distinguer à cet égard.

La première est celle où un décret ou autre acte réglementaire prévu par la loi a été pris par l'administration sans avoir recouru au préalable à la consultation de la CNIL alors qu'elle est prévue par les textes (avis divers, propositions). Cet acte réglementaire est certainement entaché d'illégalité dans la plupart des cas. Cela permet d'opérer une première discrimination en écartant, outre les *recommandations*, les *propositions* qui sont prévues en alternance avec un avis (art. 31 dernier alinéa, 28 II et 24). En pareil cas il suffit que l'avis ait été sollicité.

La deuxième situation suppose les circonstances suivantes. La proposition exigée par la loi a bien été faite ou encore l'avis requis a bien été demandé, mais l'acte réglementaire qui a été pris ensuite ne l'a pas suivi. En ce cas apparaît une seconde discrimination : s'agissant des propositions (art. 45 dernier alinéa) ou des avis simples non motivés (art. 18, art 24, art 779 dernier al. CPP), l'acte réglementaire décidé par l'administration n'est pas illégal ; en revanche lorsque l'avis exigé était un avis conforme (art. 31 dernier al., 30 al.1, art. 28.II) l'acte réglementaire non conforme est toujours illégal ; lorsqu'enfin l'avis requis est un avis simple motivé, l'acte réglementaire pris à sa suite est illégal à moins qu'il n'ait été adopté suivant la procédure de rechange très exigeante prévue par la loi (art. 15).

Un important arrêt tout récent du Conseil d'État illustre parfaitement cette dernière situation. Deux arrêtés du Garde des Sceaux des 18 juin 1986 et 13 avril 1993 ont créé chacun un système de gestion automatisé des procédures pénales ainsi que de diverses procédures civiles, administratives ou commerciales, en application de l'article 15 de la loi de 1978. Or ces arrêtés n'ont pas tenu compte des conditions ou réserves qui figurent dans l'avis préalable émis par la CNIL. Le Conseil d'État considérant que les conditions posées par la CNIL pour la création d'un TAIN du secteur public forment un ensemble destiné à garantir que ce traitement satisfait aux exigences de la loi et assure, de façon satisfaisante, le respect des intérêts que le législateur a entendu protéger, a en conséquence déclaré les deux arrêtés comme entachés dans leur ensemble d'illégalité et que c'est à tort que le Garde des Sceaux a refusé d'en prononcer l'abrogation (42).

35 - Ainsi il apparaît nettement que les avis simples motivés, et a fortiori les avis conformes, font tellement corps avec les actes réglementaires qui sont pris à la suite de ces avis, que ces deux catégories d'actes de la CNIL au moins constituent bien un *pouvoir réglementaire indirect* qui contribue lui aussi à façonner l'élément légal d'incriminations telles que la mise en œuvre de TAIN sans respect des formalités préalables (art. 226-16 CP) et le détournement de finalité (art. 226-21 CP) (43). Mais on doit aller plus loin et voir aussi une manière de pouvoir réglementaire

(42) CE 27 juillet 2001, D.2001.IR, p. 2726. Comme le maintien de ces traitements est nécessaire au bon fonctionnement de la justice, le haut conseil n'a cependant pas annulé purement et simplement la décision de refus d'abrogation, ce qui aurait entraîné l'abrogation des arrêtés. Il a donné au Garde des Sceaux un délai de deux mois soit pour prendre de nouveaux arrêtés conformes aux exigences de l'avis de la CNIL, soit pour faire prendre un décret, sur avis conforme du conseil d'État, permettant de passer outre à cet avis.

(43) Il est significatif que dans certaines poursuites, l'instruction se fonde sur le contenu de l'avis préalable et néglige de rechercher l'acte réglementaire qui a créé le traitement et qui est cependant le seul qui devrait être retenu dans la composition de l'élément légal, sous réserve du jeu de l'exception d'illégalité résultant de la discordance entre cet acte et l'avis préalable.

occulte de la CNIL dans sa pratique des décisions individuelles relatives à la mise en œuvre de la répression des infractions à la législation informatique et libertés.

B - Pouvoir réglementaire indirect et procédure pénale

36 - La CNIL tient d'une manière générale de l'article 6 de la loi de 1978 la charge de veiller au respect des dispositions de cette loi. De manière particulière l'article 21 lui donne, pour l'exercice de cette mission, un certain nombre de pouvoirs importants qui ont une incidence sur la répression des infractions pénales en la matière : droit de vérification sur place, droit à la communication de renseignements et documents, réception des plaintes, pouvoir d'adresser des avertissements et dénonciation au parquet des infractions dont elle a connaissance, conformément à l'article 40 du Code de procédure pénale.

Mais par ailleurs *de droit commun*, la répression des infractions est confiée par la loi à l'autorité judiciaire - parquet, juges d'instruction, tribunaux - et l'on pourrait s'attendre à ce qu'il en soit ainsi également pour la poursuite et la sanction des infractions aux articles 226-16 et suivants du Code pénal (44), la CNIL s'en tenant à la lettre des prérogatives qui lui sont attribuées par la loi.

Or, dans les faits, il n'en est rien. L'observation de la pratique de la CNIL montre chez celle-ci une *tendance caractéristique à s'approprier la mise en œuvre de la répression pénale* au détriment des parquets et des juges d'instruction qui trouvent au demeurant dans cette action de la CNIL une bonne occasion de simplifier leur travail. Comme l'écrivent les auteurs du Lamy droit de l'informatique et des réseaux, la CNIL « confisque quelque peu le pouvoir au détriment de l'autorité judiciaire, plus extérieure aux problèmes de l'informatique et moins informée », ajoutant que « le phénomène n'a rien d'original et se retrouve chaque fois qu'existe un tel schéma » (ex. la COB) (45).

37 - Cette appropriation du contentieux pénal s'opère bien entendu au moyen de décisions individuelles. Mais l'accumulation de décisions particulières allant généralement dans le même sens finit par composer une sorte de *pouvoir réglementaire occulte* qui vient s'ajouter au pouvoir direct que la loi donne par ailleurs à la CNIL. Cette appropriation de la mise en œuvre de la répression se manifeste au demeurant de deux façons : par la rétention d'affaires qui auraient dû donner lieu à poursuites (a), mais aussi par l'intervention dans les procédures pénales lorsqu'elles ont été engagées (b).

a - La rétention des affaires pénales

38 - La rétention des affaires pénales par la CNIL s'organise autour de l'interprétation par cette dernière des pouvoirs que lui donne l'article 21-4° de la loi de 1978. Ce texte dispose que la Commission, qui est par ailleurs habilitée à recevoir les réclamations, pétitions et plaintes (art. 21-6°), « adresse aux intéressés des avertissements et dénonce au parquet les infractions dont elle a connaissance, conformément à l'article 40 du Code de Procédure pénale ».

39 - 1°/ On pourrait penser que ce texte aurait dû normalement être entendu en ce sens qu'il convient de distinguer entre les violations de la loi de 1978 qui ne

(44) Surtout depuis que ces infractions ont quitté le champ du droit pénal technique (art. 41 à 44 ancien de la loi de 1978) pour entrer dans le droit commun des infractions contre les personnes en 1994.

(45) Ouvrage cité, éd. 2001, n° 3337 a).

tombent pas sous le coup de la loi pénale et celles qui constituent des infractions : aux premières les avertissements et aux secondes les dénonciations au Parquet. Tel n'est pas le cas cependant de l'interprétation de la CNIL. Partant de l'idée que sa vocation est d'être « plus une autorité morale qu'un organisme de répression » (46), elle entend l'article 21-4° comme signifiant qu'en présence d'une infraction pénale elle a le choix entre l'avertissement et la dénonciation et qu'elle n'est donc jamais obligée de dénoncer. En d'autres termes, elle a substitué dans le texte la conjonction *ou* à la conjonction *et*. Encore faut-il ajouter qu'elle a recouru, en deçà même de l'avertissement qui est du moins susceptible de recours pour excès de pouvoir (47), à des solutions qui ne sont pas inscrites dans la loi et qui échappent à tout recours contentieux : les solutions amiables et le simple rappel à la loi (48). Ainsi ce n'est qu'en 1984 qu'a été faite la première dénonciation à Parquet (49) et le nombre des dénonciations fin 2000 n'était que de 17 (50), ce qui, comparé au nombre de plaintes enregistrées par la Commission, plus d'un millier chaque année depuis 1990 et 3399 pour la seule année 2000 (51), laisse quelque peu rêveur.

40 - 2°/ Par ailleurs, la CNIL a toujours considéré que les décisions de refus de dénonciation opposées aux plaintes qui lui étaient adressées étaient des actes discrétionnaires et donc insusceptibles de recours juridictionnel, contrairement au texte impératif de l'article 40 alinéa 2 du Code de Procédure pénale (52) et de l'article 21-4° de la loi de 1978 qui en est l'application particulière à la Commission. Il est vrai qu'une jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État, transposant au profit de l'Administration le principe de l'opportunité des poursuites du ministère public, décidait que, hors les cas prévus par les textes particuliers, il n'existe aucune disposition législative ou réglementaire générale qui prive l'autorité administrative du droit d'apprécier si elle doit donner une suite judiciaire aux infractions qui sont portées à sa connaissance. Cependant, la contradiction de cette solution avec les termes de la loi était si manifeste que le Conseil d'État, à propos précisément de recours dirigé à l'encontre des décisions de refus de dénonciation de la CNIL, a fini par admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre ces décisions, s'agissant de décisions faisant grief (53), et par décider ainsi que la CNIL - comme toute administration - avait une véritable obligation juridique de dénoncer. Mais il est vrai que le progrès ainsi réalisé se trouve à peu près annihilé par les conditions mises par le Conseil d'État pour que cette obligation doive être mise en œuvre. Il faut en effet que les faits dont la CNIL a connaissance dans l'exercice de ses attributions, « lui paraissent suffisamment établis et qu'elle estime qu'ils portent une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions dont elle a

(46) CNIL, 4ème rapport d'activité, 1983, p. 127.

(47) CE 30 juillet 1997, solution implicite, 18ème rapport CNIL, 1997, p. 383-386 et 59-60. La remarque sur la solution implicite de la recevabilité du recours est faite p. 59.

(48) Cf. Lamy droit de l'informatique et des réseaux, éd. 2001, n° 3337 a).

(49) Dans la célèbre affaire SKF, délibération n° 84-15 du 3 avril 1984, CNIL, 5ème rapport, 1984, p. 217 et commentaire p. 78.

(50) Contre 47 avertissements depuis 1978, CNIL, 21ème rapport, 2000, p. 8.

(51) Même rapport, p. 7.

(52) « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès verbaux et actes qui y sont relatifs ».

(53) Arrêts Solana I et Solana II, CE 28 mars 1997 et 27 octobre 1999. Cf. R. Gassin, Obligation de dénonciation des crimes et délits par les autorités constituées, les officiers publics et les fonctionnaires, Cahiers jur. Électr. et gaz, janvier 1998, p. 1-15 ; la CNIL et l'obligation de dénonciation de l'article 40 al.2 du code de procédure pénale ... Ou l'art d'édicter des obligations discrétionnaires, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, juillet 2000, D., p. 17-30.

pour mission d'assurer l'application » (54) : autant dire que la décision de dénonciation est abandonnée à la subjectivité du décideur (« lui paraissent suffisamment ... », « estime que ... »). Du moins l'ouverture récente de ce recours, qui peut laisser espérer une nouvelle évolution du Conseil d'État, vient-elle limiter quelque peu la tendance de la CNIL à s'approprier la maîtrise du contentieux répressif qui se manifeste d'ailleurs encore, d'une certaine manière, même en cas de poursuites.

b - L'intervention dans les poursuites engagées

41 - Malgré la politique générale de rétention des affaires pénales par la CNIL, certaines d'entre elles ont donné lieu à des poursuites. Il s'agit d'abord des 17 cas dénoncés par elle au parquet. Il s'agit surtout des poursuites engagées à la suite de plaintes avec constitution de partie civile ou de citation directe des victimes, sinon de plainte simple dans les mains du procureur de la République (55). Or même dans ce cas, la CNIL est loin de laisser la justice agir seule.

42 - 1°/ Sans doute n'a-t-elle pas le pouvoir de se constituer partie civile par voie d'intervention pour corroborer la poursuite faute de pouvoir se prévaloir d'un préjudice personnel et direct. Mais l'analyse juridique des faits présentée dans la délibération portant dénonciation au parquet ne manque pas d'influencer procureur, juge d'instruction et juridiction de jugement.

D'autre part, même lorsque la poursuite est engagée sur la demande de la partie civile, les parquets ont pris l'habitude de consulter la CNIL sur la poursuite ; d'ailleurs l'article 1er du décret du 17 juillet 1978 d'application de la loi de 1978 dispose que, pour l'accomplissement de sa mission, la Commission, entre autres attributions, « répond aux demandes d'avis des pouvoirs publics ». Cet avis pèse généralement d'un poids très lourd dans la décision finale.

En outre, même lorsque son avis n'est pas sollicité par l'autorité judiciaire, elle n'hésite pas à prendre l'initiative d'adresser une note à celle-ci pour faire valoir son point de vue.

Tout cela - dénonciation, avis, note d'initiative - se fait d'autant plus librement que la chambre criminelle juge que, quelle que soit la décision prise ensuite par les autorités judiciaires, les membres de la CNIL, auteurs de ces actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions d'application de la loi de 1978, sont, de ce seul fait, à l'abri de toute poursuite pour une dénonciation calomnieuse éventuelle (56).

43 - 2°/ On a même vu la CNIL, à la suite d'un arrêt définitif de relaxe d'une Cour d'appel, inquiète de la solution donnée par cet arrêt, solliciter du garde des Sceaux la formation d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi afin de rattraper l'absence de pourvoi ordinaire du ministère public. Ce qui fut effectivement fait et a abouti en

(54) Cette formulation, qui constitue le considérant essentiel de l'arrêt du 27 octobre 1999, a été reprise exactement dans les mêmes termes par un arrêt Ferrari du 28 juillet 2000 (n° 211-020). Dans cette dernière affaire, la CNIL avait cru pouvoir échapper au contrôle du conseil d'État en dissimulant son refus de dénonciation consécutif à une plainte contre l'auteur d'une fiche de police produite dans le cadre d'une instance pénale, derrière une décision se bornant à diligenter « de nouvelles investigations (pour) identifier le ou les fichiers qui pourraient encore comporter les renseignements litigieux ». Mais le Haut Conseil ne s'y est pas trompé.

(55) Sur la recevabilité de l'action civile de la victime, cf. Paris 13 septembre 1995, Dr. Pén. 1995, com. n° 32, obs. Veron, Rev. Sc. crim. 1996. 678, obs. Francillon.

(56) Crim. 3 février 1998, B. n° 40, D. 1998.J.443, note R. Gassin, rejetant le pourvoi contre Paris 15 mai 1996, D. 1998.J.196, note R. Gassin.

effet à une cassation dans le seul intérêt de la loi (57). Il y a sans doute bien peu d'administrations qui peuvent se prévaloir d'une telle influence sur la formation de la jurisprudence. Un tel arrêt vaut largement un règlement administratif.

CONCLUSION

44 - Au terme de ces développements, il apparaît que contrairement à la première impression que l'on peut avoir à l'égard du sujet de la présente contribution, « attribution du pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes et droit pénal : le cas de la CNIL », cette dernière est loin d'être dépourvue de pouvoir réglementaire spécialisé, même en matière pénale. Cela est manifeste avec ce pouvoir réglementaire direct, officiel, qui lui permet de contribuer à façonner l'élément légal des infractions en matière d'informatique et libertés ou les faits justificatifs de ces infractions. Mais cela est non moins exact pour cette sorte de pouvoir réglementaire occulte, indirect, provenant soit de l'influence d'actes préparatoires divers, soit de l'accumulation de décisions individuelles orientées dans une même direction. Les premiers, lorsqu'ils sont si solidaires des décisions réglementaires qui les suivent que celles-ci ne peuvent être légales sans les reprendre intégralement, entrent également à leur tour dans la composition de l'élément légal ou de l'élément justificatif de certaines infractions. Les secondes jouant dans le registre différent de la procédure pénale, dessinent par leur accumulation des sortes de directives qui évoquent aussi à travers l'appropriation relative du contentieux répressif par la CNIL, la notion de pouvoir réglementaire indirect.

45 - Cet abandon à une AAI d'un tel pouvoir présente bien des avantages, notamment de meilleure compétence, mais aussi des dangers non négligeables d'annexion de l'ensemble de la matière au prétexte précisément que sa familiarité avec le sujet en fait le meilleur juge de ce qu'il faut décider ou ne pas décider. La présente contribution avait seulement pour objectif de présenter un bilan aussi complet que possible pour le cas de la CNIL afin qu'il serve de matrice pour analyser le pouvoir réglementaire de chacune des AAI, actuel mais aussi à venir, puisque cette nouvelle catégorie d'autorités administratives est en pleine expansion et que s'agissant de la CNIL elle-même, le projet de loi appelé à modifier la loi du 6 janvier 1978 et à transposer la directive européenne du 24 octobre 1995 qui finira bien par être voté un jour ou l'autre après une gestation plus qu'alonguie (58), comporte encore une extension de ses pouvoirs.

(57) Crim. 3 nov. 1987, proc. Gén. Cass. d'ordre du Garde des sceaux, affaire Riou, D.1988.J.17, note H. Maisl faisant état de la demande du président de la CNIL au Garde des sceaux par lettre du 24 novembre 1986.

(58) La directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données qui aurait dû être transposée au plus tard le 25 octobre 1998 a fait l'objet d'une action de la commission européenne contre la France en manquement d'État pour non transposition devant la CJCE au début de l'année 2000. Le rapport Braibant « Données personnelles et société de l'information » destiné à préparer la transposition de la directive a été remis au premier ministre en février 1998. La CNIL elle-même a donné son avis sur l'avant-projet de loi en septembre 2000 (CNIL, 21^{ème} rapport, p. 17-21).

L'ATTRIBUTION AU CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL DU POUVOIR D'ÉDICTER DES NORMES DE PORTÉE GÉNÉRALE ET IMPERSONNELLE

Par

Franck HAID

Allocataire de recherche - moniteur à l'Université d'Aix-Marseille III

Succédant à la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL), qui elle-même avait pris la place de la Haute autorité de la communication audiovisuelle, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a pour « exceptionnelle particularité » d'avoir survécu à trois alternances politiques alors qu'aucun de ces deux prédécesseurs n'avait résisté au premier changement de majorité politique venu. La Haute autorité de la communication audiovisuelle, présentée comme la « clé de voûte » de la loi du 29 juillet 1982 (1), fut, en effet, l'une des premières victimes de la victoire de l'opposition aux élections législatives de mars 1986. La CNCL, introduite par la loi du 30 septembre 1986 (2) qui abrogea celle de 1982 (3), subit, elle, le même sort moins de trois ans plus tard, après avoir été « pratiquement depuis sa création, la cible des attaques les plus diverses et les plus vives » (4). La

(1) J. Morange, « Les pouvoirs de la Haute autorité de la communication audiovisuelle », RDP, 1983, pp. 1509-1520.

(2) Sur la version originale de loi du 30 septembre 1986 « relative à la liberté de communication » et plus particulièrement sur les attributions de la Commission nationale de la communication et des libertés, voir notamment J. Chevallier, « Le nouveau statut de la liberté de communication », AJDA, 1987, pp. 59-79 ; E. Derieux, « Le nouveau statut de la communication », RDP, 1987, pp. 321-360 ; J. Morange, « La Commission Nationale de la Communication et des Libertés et le droit de la communication audiovisuelle », RFDA, 1987, pp. 372-385 ;

(3) L'abrogation de la loi du 29 juillet 1982 n'est, en fait, intervenue qu'avec l'adoption d'un texte complémentaire : la loi n° 86-1210 du 27 novembre 1986. En effet, le Conseil constitutionnel ayant, par sa décision n° 86-217 du 18 septembre 1986, empêché la promulgation d'un certain nombre de dispositions de la version originale de la loi du 30 septembre 1986, celle-ci dut être complétée par la loi du 27 novembre 1986. La promulgation de cette loi permit alors l'abrogation de la plupart des dispositions de la loi du 29 juillet 1982.

(4) J. Morange, « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel », RFDA, 1989, p. 236.