

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La convention Européenne des droits de l'homme en filigrane de l'administration électronique

De Roy, David; de Terwangne , Cécile; Pouillet, Yves

Published in:

Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken

Publication date:

2007

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Roy, D, de Terwangne , C & Pouillet, Y 2007, 'La convention Européenne des droits de l'homme en filigrane de l'administration électronique', *Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken*, numéro 2, pp. 306-347.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La convention Européenne des droits de l'homme en filigrane de l'administration électronique¹

David DE ROY

- Référendaire près la Cour de cassation
- Chercheur au CRID – F.U.N.D.P.

Cécile DE TERWANGNE

- Professeur à la Faculté de Droit des F.U.N.D.P. Namur
- Directrice de recherches au CRID – F.U.N.D.P.

Yves POULLET

- Professeur à la Faculté de Droit des F.U.N.D.P. Namur et de l'Université de Liège
- Directeur du CRID – F.U.N.D.P.

— RÉSUMÉ

L'utilisation des technologies de l'information et de la communication bouleverse le fonctionnement de l'administration tant en interne qu'en externe.

Cette modification suscite craintes et espoirs. D'une part, elle améliore l'efficacité du travail administratif et la transparence de son action. D'autre part, elle abolit les cloisonnements entre administrations qui garantissaient la protection du citoyen. De nombreuses lois nouvelles relatives à ce qu'il est convenu d'appeler l'e gouvernement ont été prises en tenant compte de ces potentialités tant positives que négatives.

L'article étudie ces développements juridiques nouveaux à la lumière des enseignements de la Convention européenne des droits de l'homme en particulier de ses articles 8 et 10. La question de l'accès à l'administration et de sa transparence appelle quelques commentaires à la suite notamment d'avis de la CADA. La protection des données au sein des traitements et réseaux nouveaux créés par l'utilisation des technologies constitue un enjeu majeur rappelé tant par la Commission belge de protection de la vie privée que par la Cour d'arbitrage.

Enfin, des questions annexes sont abordées : le vote électronique, le droit des marchés publics réalisés par voie électronique.

En conclusion, il s'impose de relever que l'inspiration donnée par la C.E.D.H. et le développement de projets d'administration électronique seront vains s'ils ne sont assortis d'évolutions parallèles tout aussi nécessaires, tel l'effort de simplification administrative attestant de ce que l'apport des nouvelles technologies de l'information et de la communication se révèle insuffisant sans une réflexion sur les aspects fonctionnels de l'action des pouvoirs publics et sur le cadre juridique dans lequel s'inscrit cette action et sur la nécessité de maintenir face à cette administration électronique, la confiance des citoyens.

Intégrer au service des citoyens les dimensions technologiques, fonctionnelles et juridiques, tel semble être le premier défi de l'administration électronique.

— SAMENVATTING

Het gebruik van informatie- en communicatietechnologiën (ICT) impliceert ingrijpende veranderingen aan de functionering van de administratie, zowel intern als extern.

¹ Ce texte est la version mise à jour d'une présentation orale au colloque sur "Cinquante ans d'application de la CEDH en Belgique: entre ombres et lumières", organisé par le Centre de droit public de l'ULB les 20 et 21 octobre 2005 à la Maison des Parlementaires.

De technologische evolutie doet nieuwe hoop ontstaan maar veroorzaakt ook vrees. Enerzijds wordt het werk van de administratie meer werkbaar en transparant, maar anderzijds worden door deze innovatie de scheidingsmuren tussen administraties, die de bescherming van de rechten van de burgers garandeerden, gesloopt. Een aantal nieuwe wetten betreffende “e-government” werden ingevoerd waarbij rekening werd gehouden met deze beide aspecten.

In deze bijdrage worden de juridische ontwikkelingen rond e-government bestudeerd en geanalyseerd in het licht van de Europese Conventie van de Mensenrechten, in het bijzonder artikelen 8 en 10. De problematiek inzake de toegang tot de administratie en haar transparantie wordt ook benaderd. De bescherming van persoonsgegevens in nieuwe technologische netwerken is een belangrijke doelstelling, waaraan werd herinnerd door zowel de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer als door het Arbitragehof.

Aanverwante onderwerpen worden dan ook benaderd: elektronische stemming, de toepassing van elektronische middelen bij overheidsopdrachten.

Tot slot wordt de nadruk gelegd op het feit dat de impuls van de Europese Conventie van de Mensenrechten en de ontwikkeling van projecten rond elektronische administratie niet effectief hun rol kunnen spelen zonder andere evoluties parallel hiermee, zoals de poging om de administratie te vereenvoudigen. De bijdrage van de nieuwe informatie- en communicatietechnologiën blijkt onvoldoende te zijn als men daarbij niet nadenkt over de functionele aspecten van de actie van de overheid, het juridische kader waarin deze actie plaatsvindt en de noodzaak om het vertrouwen van de burgers in de elektronische administratie te bewaren.

De technologische, functionele en juridische dimensies integreren ten dienste van de burgers blijkt de eerste uitdaging te zijn van de elektronische administratie.

307

Introduction

1. L'administration électronique : le contexte technologique
 2. Les obligations des Etats : deux évolutions
 3. Transparence et diffusion de l'information publique
 4. Droit d'accès à un tribunal : notification d'un acte administratif et prise de cours du délai d'introduction d'un recours juridictionnel
 5. Liberté d'expression : vers la reconnaissance d'un droit à l'offre de services publics de la société de l'information ?
 6. Les droits du citoyen et le vote électronique
 7. Vie privée et protection des données à caractère personnel
- Faute de conclusion(s)...

Introduction

1 Il est aujourd'hui difficile d'ignorer combien l'action administrative est, en de nombreux aspects, irradiée par la Convention européenne des droits de l'homme, ses protocoles additionnels et la jurisprudence à laquelle ils ont donné lieu. Les symptômes de cette irradiation ne manquent pas : on rappellera avant tout que l'action des autorités administratives est soumise au principe de légalité, imposant la conformité de cette action aux normes

hiérarchiquement supérieures qui lui sont applicables ; le respect de la Convention européenne s'impose donc, particulièrement là où l'action des pouvoirs publics peut constituer une ingérence dans l'exercice de certains droits et libertés consacrés par cette Convention ; telle fut l'incidence première de la Convention sur l'action des Etats signataires. Sur un autre plan, on a pu noter, depuis quelques années, que l'application de la Convention européenne, cumulée – il est vrai – à d'autres facteurs, a conduit à modifier sensiblement la qualité des rapports

entre les pouvoirs publics et les citoyens². L'une des manifestations les plus perceptibles de ces mutations tient à la transparence à laquelle semble aujourd'hui indissociablement liée l'action des pouvoirs publics³.

2. Face aux développements de ce qu'on appelle désormais l'« administration électronique », il y a lieu de se demander en quoi une réalité dont la seule spécificité, à première vue, pourrait ne tenir qu'à l'originalité des moyens « techniques » par lesquels s'établissent les rapports entre administration et administrés, sans bouleverser l'économie de ces rapports, susciterait de nouvelles inquiétudes au regard des exigences de la Convention européenne.

3. Dans ce nouveau contexte, il s'avère certes intéressant de tenter de décrire les effets – concurrents ou complémentaires – sur l'action administrative, de l'incidence de la C.E.D.H. et de l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Plus exactement, il s'agira bien souvent d'imaginer ces effets, là où le stade encore embryonnaire de l'administration électronique, d'une part, et les incertitudes liées aux enseignements jurisprudentiels, d'autre part, contraignent à donner à notre démarche une allure parfois encore prospective. Cette approche ne se traduira pas, pour autant, par un voyage au pays de l'imaginaire : elle sera ancrée dans l'analyse d'expériences initiées au cours des dernières années, dans des domaines aussi divers que les systèmes d'identification des individus, la diffusion de l'information publique, la création de services publics liés à la société de l'information ou bien encore la dématérialisation des opérations électorales.

4. Nous aborderons cet aperçu en décrivant brièvement le contexte technologique (point 1.), et en revenant succinctement sur deux évolutions qu'ont connues –

particulièrement sous influence prétorienne – les obligations des Etats signataires, et qui ne sont pas sans conditionner l'introduction des nouvelles technologies dans le fonctionnement de l'administration (point 2.). Nous passerons ensuite en revue les questions essentielles liées au déploiement de l'administration électronique et aux exigences découlant de la C.E.D.H. : la transparence et la diffusion de l'information publique (point 3.), le droit d'accès à un tribunal (point 4.), la liberté d'expression (point 5.) ainsi que les droits du citoyen et le vote électronique (point 6.). Les questions relatives à la vie privée et à la protection des données à caractère personnel se verront réserver des développements particulièrement importants, à raison notamment de ce qu'elles font l'objet d'une législation nationale dont l'application a déjà inspiré de nombreux enseignements et réflexions (point 7.).

5. Enfin, l'usage de la locution « administration électronique » ne doit pas induire en erreur et donner une vision trop restrictive du cadre dans lequel s'inscrit notre propos : tant les modalités d'application de la Convention⁴ que la complexité des enjeux⁵ commandent d'appréhender de manière générale les relations entre les « autorités publiques » de l'Etat et leurs interlocuteurs : pour ne retenir que deux exemples, on notera que la diffusion du *Moniteur belge* par Internet affecte notamment l'action des législateurs, particulièrement en ses effets, et que la perspective de dématérialisation des procédures judiciaires touche au fonctionnement de la justice.

1. L'administration électronique : le contexte technologique

6. Nul ne songe à remettre en cause les bénéfices de l'administration électronique. Elle contribue en interne à

² N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Paris, 2003, pp.485-487 et 498-500.

³ Sur ce que l'idée de « transparence » de l'action des pouvoirs publics constitue l'un des moteurs les plus dynamiques de ces transformations, cf. E. MALARET, « Droit, administrations publiques et NTIC : vers la restructuration de l'espace public. Les instruments pour la construction d'une démocratie dialogique », *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, 2004, p.413.

⁴ Celle-ci met des obligations à charge des Etats signataires, sans nécessairement distinguer selon les « pouvoirs » ou autorités concernés au sein de chaque Etat. La circonstance que l'autorité relève des pouvoirs législatif, exécutif ou judiciaire ne paraît donc pas déterminante dans le cadre de la présente contribution.

⁵ Ainsi, par exemple, la conformité de certains comportements de l'« administration » à la Convention européenne dépend-elle d'initiatives du pouvoir législatif, en manière telle que la prise en considération de l'« administration » (en tant que relevant du pouvoir exécutif) n'est pas pertinente. De même, certains débats impliquent-ils, à des titres divers, l'ensemble des autorités étatiques ; tel est le cas de la problématique du vote électronique (cf. à ce propos, J.-Th. DEBRY, « Le vote électronique en procès », *R.B.D.C.*, 2001, pp.476-512, spéc. pp.498 et suiv.).

une meilleure efficacité du travail administratif ; dans la relation administration-citoyens, elle est un outil tant de simplification administrative que de transparence. La vision traditionnelle de l'information administrative en « silos » (chaque administration dispose de ses propres informations, de ses propres moyens de la traiter et les communications entre administrations sont rares et sévèrement réglementées) a été présentée jusqu'il y a quelques années comme le garant offert au citoyen contre la toute puissance d'un Etat omniscient.

L'utilisation de technologies de gestion et de communication de l'information de plus en plus normalisées (protocoles internet, XML, UME,...) crée une potentialité d'intégration fonctionnelle des différentes entités administratives. Nos gouvernements ont rapidement été séduits par une telle perspective, permettant à la fois de rationaliser le fonctionnement et les coûts des administrations, de se doter des outils nécessaires d'aide à la gestion et au contrôle de la politique publique (*back office*) et de disposer d'un instrument de simplification et de transparence administrative dans la relation entre l'administration et le citoyen (*front office*).

7. En cette matière, la Belgique a fait œuvre de pionnière et on salue la création dès 1983 d'un registre national⁶, fichier centralisé des données de référence principales sur l'ensemble des Belges, fichier accessible à la plupart des administrations. Ce fichier attribue à chaque citoyen un numéro de registre national servant d'identifiant unique à nombre d'administrations⁷. La création, dès 1991⁸, d'une banque-carrefour de la sécurité sociale introduit, à côté de concepts déjà développés (ceux d'identifiant unique et de

fichiers de références), le concept de réseau reliant, en l'occurrence, toutes les administrations de sécurité sociale et, au-delà, des organisations ayant des missions d'intérêt général dans ce secteur. Toutes ces organisations se partagent un réseau dont les flux transitent à travers une banque carrefour qui les autorisent et les contrôlent.

8. Les développements technologiques en matière d'applications et de réseaux ont poussé les multiples gouvernements de notre Belgique fédérale à définir dès 2001 les éléments de base de construction et d'exploitation d'une e-plateforme commune⁹. Ainsi, toutes les administrations belges s'entendent à la fois sur l'utilisation d'identifiants, de protocoles d'adressage, de structure des données transactionnelles et sur la construction et l'utilisation de sites portails. Au niveau national, le gouvernement a approuvé¹⁰ la création d'une structure unique : FEDICT¹¹ chargée de promouvoir des développements utiles à l'ensemble des administrations et de veiller à une politique cohérente de l'usage des technologies de l'information et de la communication. Un intranet commun à l'ensemble des administrations fédérales a été créé : le Fedman (FEDeral Metropolitan Area Network).

9. Au-delà de ces infrastructures, les dernières années se caractérisent par la multiplication au sein de l'administration de réseaux coopératifs sectoriels sur le modèle de la sécurité sociale. Ainsi, on épingle le projet Phénix¹² dans le domaine de la Justice, la création d'une banque-carrefour des entreprises¹³ dans le secteur de l'économie et des classes moyennes, le projet be-Health¹⁴ et la création d'une cellule dite technologique¹⁵ dans le secteur de

⁶ Loi du 8 août 1983 organisant un registre national, *M.B.*, 21 avril 1984. Cette loi a été à de nombreuses reprises modifiée. Nous reviendrons sur les modifications récentes de la loi du 25 mars 2003 (*M.B.*, 28 mars 2003).

⁷ Très rapidement, il fut décidé que le numéro de registre national servirait également d'identifiant pour les administrations fiscales et de sécurité sociale.

⁸ Loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une banque carrefour de la sécurité sociale.

⁹ Accord de coopération du 23 mars 2001 (*M.B.*, 8 août 2001). A noter un second accord sur ce point conclu les 7 et 8 novembre 2006.

¹⁰ Cf. notamment la note de politique générale en date du 17 novembre 2003 rédigée par le Secrétaire d'Etat à l'Informatisation, approuvée par le Conseil des Ministres.

¹¹ Sur les différentes tâches de FEDICT, v. le site de FEDICT ([http : www.fedict.fgov.be](http://www.fedict.fgov.be)).

¹² Loi du 10 août 2005 instituant le système d'information Phénix, *M.B.*, 1^{er} septembre 2005.

¹³ Loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque Carrefour des entreprises, modernisation du registre du commerce, création de guichets-entreprises, agréés et portant diverses dispositions, *M.B.*, 5 février 2003. Le fonctionnement de cette Banque Carrefour repose sur la création d'un identifiant « Entreprises ». Sur la Banque carrefour des entreprises, la notion large d'entreprise et les données disponibles auprès de ce registre central, liée

¹⁴ A propos du portail Be-Health cf. le site du ministère de la santé publique : <https://portal.health.fgov.be> L'article 4 de la loi du 27 décembre 2006 portant dispositions diverses (I) (*M.B.*, 28 décembre 2006) crée la plate-forme "Be-Health".

¹⁵ Créé par l'article 155 de la loi du 29 avril 1996 portant des dispositions sociales. La cellule interconnecte des données de la sécurité sociale et des données de santé.

la santé publique, permettant à des fins de recherche scientifique et d'appui à la politique de la santé de croiser de manière sécurisée les données de santé et de sécurité sociale.

Ce fonctionnement en réseaux sectoriels voire inter-sectoriels abolit la conception classique de l'administration en silos où chaque administration garde jalousement, hormis quelques devoirs de communication soigneusement précisés par les lois, les informations qui lui sont confiées. On ajoutera que le cloisonnement des administrations a été traditionnellement considéré comme une garantie de protection du citoyen face à l'administration. À l'inverse, la perspective d'un décloisonnement éveille la crainte d'un Panopticon ou d'une administration Big Brother¹⁶.

10. Les considérations énoncées ci-dessus concernent ce qu'il est coutume d'appeler le « *back office* », c'est-à-dire, les diverses opérations menées par les administrations au-delà de leurs relations avec le citoyen. Vis-à-vis de ce dernier, la relation dite de « *front office* » peut également bénéficier de l'apport des technologies de l'information

par la création de téléservices. Sans doute, en cette matière peu de réalisations peuvent déjà être dénombrées même si de premières expériences de formulaires en ligne et de transactions électroniques ont démarré¹⁷. Ces applications promues par le gouvernement fédéral¹⁸ exigent la mise en place de guichets virtuels ou physiques uniques auprès desquels la demande de formulaire ou la passation de la transaction puissent avoir lieu. Au-delà, les exigences de sécurité de la transaction appellent l'utilisation de procédés électroniques d'authentification voire de signature. À ces finalités¹⁹, répond la création en Belgique²⁰ de la carte d'identité électronique munie d'une puce lisible via un lecteur et, le cas échéant, de procédés de signature électronique activables par le porteur de la carte²¹. On notera qu'à ce stade, seules la Belgique et l'Italie ont prévu le déploiement pour l'ensemble de leurs citoyens d'une carte d'identité électronique²² même si d'autres pays devraient les rejoindre rapidement²³.

11. La multiplication des applications télématiques administratives liées au développement de l'utilisation des T.I.C. dans la relation Administration-Administrés en-

¹⁶ Sur ce point et déjà à propos du registre national, v. les réflexions de S. GUTWIRTH, *Waarheidsaanspraken in Recht en wetenschap*, Bruxelles, Maklu, 1993, pp. 667 et s.

¹⁷ Sur ces applications nouvelles, v. les développements y consacrés sur le site de FEDICT (SPF Technologie de l'Information et de la Communication) : <http://www.belgium.be/portal>

¹⁸ C'est le rôle de FEDICT.

¹⁹ Ainsi, l'application DIMONA en matière de sécurité sociale lors de l'engagement d'un travailleur, mais également Tax on web, etc.

²⁰ Cf. l'arrêté royal relatif aux cartes d'identité électronique, 25 mars 2003 (*M.B.*, 28 mars 2003) et l'arrêté ministériel du 26 mars 2003 déterminant le modèle du document de base en vue de la réalisation de la carte d'identité électronique (*M.B.*, 28 mars 2003).

²¹ « En juillet 2001, le Conseil des ministres a approuvé le principe de l'introduction d'une carte d'identité électronique pour tous les Belges, après évaluation de son utilisation par les habitants de onze communes pilotes. Sur cette carte seront apposées de manière visuelle et sous forme électronique une photo, le numéro de registre national ainsi que plusieurs données d'identification de base du titulaire. Par ailleurs, elle contiendra aussi les clés électroniques utiles permettant au citoyen de s'authentifier électroniquement à distance et de générer une signature électronique valide. Ainsi, dans tous ses contacts avec les pouvoirs publics, le citoyen pourra dorénavant utiliser son numéro de registre national qui permettra au service public concerné de demander, via le réseau, les données déjà disponibles auprès des autres services publics et non auprès du citoyen ; ce dernier sera ainsi déchargé de la transmission multiple de données aux pouvoirs publics. Par ailleurs, grâce à cette carte, le citoyen dispose d'un moyen permettant de s'authentifier à distance à l'égard des services électroniques offerts par le front office et d'apposer une signature électronique valide sur le plan juridique. En outre, ces authentification et signature électroniques peuvent aussi être utilisées dans le cadre de l'e-commerce, l'e-banking, l'e-business, ... » (Extrait de la présentation donnée par FEDICT du projet belge de carte d'identité électronique). On ajoutera qu'au départ les instruments de signature électronique n'étaient pas directement implantés sur la carte d'identité mais devaient faire l'objet d'une demande distincte. La formule finalement choisie consiste à placer immédiatement sur la carte les moyens d'activation et de ne laisser aux soins de la personne porteuse de la carte que la démarche d'en demander l'activation.

²² Cf. à ce propos, le document produit par le Groupe européen dit de l'article 29 sur l'administration électronique et la vie privée qui reprend un état comparatif du développement de l'administration électronique dans les différents pays : Document de travail sur l'administration électronique, W.P. n° 73, adopté le 8 mai 2003 et disponible sur le site http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2003_fr.htm

²³ En France, le débat sur l'introduction généralisée d'une telle carte fait l'objet d'un large débat démocratique que le gouvernement français a confié au forum des droits de l'Internet.

traîne une mutation profonde des flux à l'intérieur de l'administration. Il s'agit en effet de créer grâce à des interconnexions entre administrations des services intégrés organisés non plus selon la structure administrative mais selon les situations de vie rencontrées par le citoyen, qu'il s'agisse d'un problème de déménagement, de mariage ou d'isolation de sa maison. Ainsi, une demande de permis de bâtir auprès de la commune n'induit plus de multiples démarches préalables du citoyen auprès de chaque administration habilitée à fournir le renseignement nécessaire à compléter le dossier mais se résumera à l'introduction par voie électronique d'une demande unique auprès d'un guichet dit universel. L'administration en charge du dossier se chargera elle-même via les réseaux intra-administrations de collecter auprès des autres administrations l'ensemble des éléments nécessaires au dossier et, le cas échéant, d'obtenir les autorisations nécessaires à son approbation.

12. Ce fonctionnement entraîne la nécessité accrue d'un partage d'informations entre administrations et souligne l'importance d'une information de qualité, disponible auprès de sources dites « authentiques »²⁴. Ainsi, l'accord de coopération du 23 mars 2001²⁵ prévoit en son article 7 : « en concertation avec les parties, les tâches seront progressivement réparties en tenant compte de la répartition des compétences, en vue d'offrir un accès aux données stockées sous forme authentique. Chaque catégorie de données se verra attribuer un service administratif dépositaire chargé d'en assurer le stockage et la mise à jour en tenant compte autant que possible des besoins de tous les autres services administratifs ».

13. Au terme de ce panorama, on rappelle les traits caractéristiques de l'administration électronique. Les systèmes d'information utilisés pour assurer les services publics se conçoivent désormais comme des réseaux et ce pour deux raisons cumulatives : la première est la volonté d'améliorer le « *back office* », c'est-à-dire la capacité de l'administration à mieux accomplir ses tâches, contrôler la correcte application des réglementations qu'elle est chargée d'appliquer, disposer d'outils d'information de qualité tant pour sa prise de décision individuelle que pour la fixation de ses objectifs ou l'orientation de ses politiques.

La seconde est liée à la volonté d'améliorer le service aux citoyens. L'information n'est pas seulement un outil de contrôle mais un « élément de processus décisionnels multiples, conçu suivant une perspective de service à rendre au citoyen ». Dans cette perspective, sont recherchés un accroissement et une amélioration du dialogue de l'Administration avec ses administrés, ces derniers étant invités à utiliser l'outil électronique pour introduire, consulter, suivre et faire aboutir leurs dossiers. Ils reçoivent via ce truchement technique assistance et conseils. Au-delà de la simplification administrative, est évoqué le principe de la répartition des bénéfices²⁶, selon lequel si les technologies de l'information et de la communication sans nul doute contribuent à l'efficacité de l'administration et à la diminution de ses coûts, une part de ces bénéfices doit être consacrée à l'amélioration de la situation de l'administré dans sa relation avec l'administration²⁷. Ainsi, la personnalisation des services et le suivi en ligne de l'évolution des dossiers introduits participent de cette philosophie²⁸.

²⁴ « Pour veiller à ce que les données déjà disponibles dans une administration ne soient plus redemandées à chaque fois, a été introduit le principe des “sources authentiques”. Cela signifie que l'administration qui, fonctionnellement parlant, traite le plus une série de données, est désignée comme la seule responsable de la demande et de la mise à jour des données. D'autres administrations qui ont besoin de ces données doivent dès lors pouvoir les utiliser. Cela se fait en utilisant d'autres fondements comme des clés d'identification unique et l'Universal Messaging Engine. Pour protéger au maximum la vie privée, cet échange de données doit toujours se fonder sur une base légale et conformément aux principes de finalité et de proportionnalité. Une sous-commission de la Commission pour la protection de la vie privée contrôle l'ensemble du processus. » (Extrait de la note sur le e-Government disponible sur le site de FEDICT déjà cité)

²⁵ M.B., 8 août 2001.

²⁶ Sur ce principe, v. nos réflexions in « Internet et vie privée : entre risques et espoirs », J.T., 2001, p. 155 et s.

²⁷ En matière de protection des données, on peut de même envisager que certains droits de la personne concernée, tels le droit à l'information, le droit d'accès et de rectification et le droit de recours puissent demain se réaliser par des moyens électroniques. De multiples applications de ce droit peuvent dès maintenant être suggérées.

²⁸ Sur les réalisations en la matière et cette nouvelle philosophie, v. le rapport de P. TRUDEL, *Améliorer la protection de la vie privée dans l'administration électronique : pistes afin d'ajuster le droit aux réalités de l'Etat en réseau*, Rapport pour le Ministère des relations avec les citoyens et de l'immigration du Québec, disponible sur le site du CRDP de l'Université de Montréal : <http://www.crdp.umontreal.ca>

14. Le rapport LASSERRE, établi en 2000 pour le gouvernement français²⁹, tirait la conclusion de ce double mouvement qui transforme nos administrations en réseaux voire en réseau de réseaux : « Dans un modèle d'organisation administrative cloisonnée, l'information était un enjeu de pouvoir que les services ne partageaient qu'avec réticence. Le développement des réseaux permet au contraire de nouvelles circulations de l'information, à partir du moment où quelques grands principes seront définis pour la valider et la diffuser ».

Parmi les principes auxquels le rapport LASSERRE fait allusion, figurent, au premier rang, les impératifs de protection des données. L'accroissement des possibilités de la circulation de l'information modifie l'échelle des risques pour la protection des données dans la mesure où cet accroissement ressuscite la crainte d'un « Big Brother ». C'est donc naturellement à l'examen critique de l'impact des législations de protection des données sur l'administration électronique et à l'approche belge en la matière que nous consacrerons certains développements substantiels dans le cadre de la présente contribution (v. point 7.).

2. Les obligations des Etats : deux évolutions

2.1. Les obligations des Etats : des obligations négatives aux obligations positives³⁰

15. Les obligations que la Convention européenne impose à ses Etats signataires revêtaient à l'origine une allure négative : les Etats devaient s'abstenir d'adopter tout

comportement qui constituât une ingérence dans l'exercice des droits et libertés consacrés par la Convention, ou qui contribuât à porter atteinte à la substance de ceux-ci. Sous l'influence de la Cour européenne, cette conception évolua au point que furent également mises à charge de ces Etats des obligations positives, au titre desquelles ils doivent prendre des initiatives permettant d'assurer adéquatement la promotion de ces droits et libertés : leur effectivité est en effet estimée à ce prix. Les initiatives peuvent être d'ordre juridique³¹, financier³² ou matériel.

16. Sans prétendre réécrire, dans le cadre de cette contribution, la théorie des obligations positives, il s'imposera néanmoins de se demander si celles-ci peuvent se traduire, pour les Etats confrontés aux mutations qu'impose l'avènement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, par l'adoption d'initiatives au nombre desquelles figureraient notamment l'organisation et l'offre de nouveaux services publics répondant aux besoins collectifs que fait naître la société de l'information ; ainsi, n'est-il pas surprenant qu'ait été esquissée une typologie des services publics « informationnels »³³. La question s'impose d'autant plus que, parallèlement à l'effet de contagion de ces obligations positives, se laisse décrire depuis quelque temps une évolution des rapports entre le citoyen et l'administration, évolution suivant laquelle « la figure traditionnelle du rapport d'autorité dans lequel les prétentions du citoyen portent exclusivement sur le bénéfice de la protection de ses libertés se double désormais d'une relation aux termes de laquelle l'individu fait valoir, à l'égard de l'Etat, de véritables droits-créances au bénéfice de prestations répondant à certains de ses besoins »³⁴ ; dans ce contexte, le citoyen n'a plus de l'administration la seule image d'une autorité

²⁹ *L'Etat et les technologies de l'information et de la communication. Vers une administration à accès pluriel*, Paris, La documentation française, 2000.

³⁰ Parmi les nombreuses études consacrées à la question, cf. not. St. BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruxelles, 1997, pp.318-322 ; N. FOULQUIER, *op.cit.*, pp.564-567 ; F. SUDRE, « Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1995, pp.363-384 ; J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1997, Part. I, p. 186 à 196 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.135 et suiv., et les références jurisprudentielles et doctrinales citées par ces auteurs.

³¹ A savoir, principalement, l'adaptation du droit interne pour répondre aux obligations découlant de la Convention, ou l'adoption de règles permettant de combler les éventuelles lacunes du cadre normatif national.

³² S. VAN DROOGHENBROECK, *op.cit.*, n° 173, p.137.

³³ E. MALARET distingue trois catégories de services publics, respectivement liés à la création de confiance, à la fourniture d'information et à l'accès aux NTIC (*op.cit.*, pp.421 et suiv.). V. en outre les points 3.2. et 5, *infra*.

³⁴ D. DE ROY, « Le principe de continuité du service public et la situation de l'usager » Obs. sous Cass., 12 février 2004, *R.C.J.B.*, 2005, p.247, note 171.

à la puissance de laquelle il est assujéti, mais bien d'un interlocuteur à l'égard duquel il peut nourrir certaines attentes, voire d'un débiteur à l'égard duquel il peut faire valoir quelque créance. La prétention au bénéfice de prestations de service public pourrait se réclamer d'une nouvelle légitimité.

17. Par ailleurs, cette même théorie des obligations positives conduira également à s'interroger sur les contraintes qui pèsent sur les pouvoirs publics dans le choix des logiciels utilisés aux fins de relations avec leurs interlocuteurs : dès lors que certains logiciels pourraient ne pas afficher, pour tous leurs « utilisateurs » potentiels, un degré d'accessibilité suffisant, l'effectivité de certains droits peut être compromise (à tout le moins, dans leur jouissance sans discrimination, que garantit l'article 14 C.E.D.H.). Par conséquent, la question du choix des logiciels utilisés par les pouvoirs publics dans la dimension *front office* de leur action pourrait probablement être abordée par le biais des obligations positives déduites de la C.E.D.H. C'est notamment dans cette perspective que doit s'inscrire le débat relatif à l'utilisation de logiciels libres par les pouvoirs publics, ou, plus généralement, la réflexion sur les défis auxquels les logiciels libres – parmi d'autres moyens – apportent une solution³⁵.

2.2. Les obligations des Etats : protection matérielle, protection procédurale

18. La promotion des droits et libertés, qui incombe aux Etats au titre de leurs obligations positives ne revêt pas exclusivement un aspect « matériel » : elle peut également avoir une dimension procédurale³⁶. La Cour européenne a déjà identifié, au nombre des illustrations de cette dimension procédurale de la protection des droits de l'homme, l'obligation d'information qui pèse sur les Etats, à propos d'activités qui, génératrices de nuisances

environnementales, peuvent avoir une incidence sur le respect du droit à la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention³⁷. On observera que s'il devait y avoir lieu de localiser dans l'article 8 la source d'obligations d'information et d'études préalables à toute autorisation administrative d'exercice d'activités nuisibles, les procédés de concertation que connaissent actuellement certains de nos mécanismes de police administrative³⁸ pourraient alors être considérés comme servant les garanties de l'article 8. Dans ce cas, le recours éventuel aux nouvelles technologies de l'information et de la communication devrait être appréhendé au regard de cette dimension nouvelle des procédés de police administrative. Il conviendrait alors de s'assurer de ce que l'utilisation des nouvelles technologies ne compromette l'effectivité de ces procédures et, partant, l'efficacité des échanges d'information entre l'administration et les personnes concernées ; en d'autres termes, c'est l'incidence du recours à un mode de communication particulier sur l'effectivité des garanties découlant du traité, qui doit être examinée. Ainsi, par exemple, peut-on se demander si l'invitation à participer à une enquête publique, diffusée par le seul site internet de l'administration communale concernée est de nature à assurer l'effectivité de la publicité, alors que les modalités d'accès et de consultation de certains sites ne sont pas toujours des plus commodes.

3. Transparence et communication de l'information publique

19. L'administration électronique comporte un volet informationnel. Grâce aux technologies de l'information, l'administration a désormais le moyen de mettre à disposition du public une masse d'informations qui, jusque là, demeuraient le plus souvent sur ses étagères ou faisaient l'objet d'une mise à disposition limitée. Cette mise à

³⁵ D. DE ROY, « L'irruption du logiciel libre dans le secteur public. A la découverte d'une actualité fort ancienne », *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du CRID, n°25, Bruxelles, 2005, pp.191-195 ; Id., « Ressources et contraintes du droit des marchés publics dans l'utilisation des logiciels libres », *Logiciels libres, services publics indépendants ? Compte rendu de la journée organisée le 17 mars 2005*, Bruxelles, 2005, pp.27-36.

³⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, *op.cit.*, n° 175, p.139.

³⁷ Cf. Cour eur. D.H., arrêt *Guerra c/ Italie* du 19 février 1998 (C. DE TERWANGNE, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de recevoir des informations de la part des autorités publiques », *Amén.-Env.*, 1998/4, pp. 265-270 ; Ph. FRUMER, « Protection de l'environnement et droits procéduraux de l'homme : des relations tumultueuses ? », *R.T.D.H.*, 1998, pp.813-833, spéc. 821 et suiv. ; H. VUYE, « Over vliegtuigen, luchthavens, lawaaihinder, milieuhinder en mensenrechten... welke rechtsbescherming bieden artikel 8 E.V.R.M. en artikel 22 Grondwet ? », *R.G.D.C.*, 2003, pp.487-502, spéc. p.493)

³⁸ Particulièrement dans les domaines de l'environnement et de l'aménagement du territoire.

disposition peut soit s'inscrire dans une optique de transparence de l'administration, soit configurer un nouveau devoir d'information de l'Etat à l'égard de la société³⁹.

3.1. *La transparence de l'administration dans un contexte électronique*

20. La transparence de l'administration n'est pas un sujet nouveau même si l'on parle encore de « nouvelle culture » et de changement nécessaire des mentalités au sein de l'administration pour faire advenir cet idéal démocratique. C'est que l'on ne tourne pas en quelques années la page de siècles de fonctionnement à l'abri du secret. Le sujet de la publicité de l'administration connaît toutefois, en lien avec l'essor des technologies, des développements et des perspectives nouvelles.

La transparence, c'est, au départ, la reconnaissance d'un droit d'accès inconditionnel des citoyens aux informations détenues par l'administration. Le droit de regard du public est devenu la règle, le secret étant désormais l'exception réservée aux situations où la protection d'intérêts publics ou privés prépondérants le justifie.

Avec l'avènement de la société de l'information reposant sur le déploiement des technologies de réseau, et singulièrement de l'internet, on observe une redéfinition des obligations liées à la transparence de l'administration. A côté de la publicité passive consistant pour l'administration à attendre passivement les demandes émanant du public et à y répondre en octroyant en principe l'accès à l'information sollicitée, se développe une obligation de publicité active qui voit l'administration prendre l'initiative de la mise à disposition d'informations.

3.1.1. *Transparence de l'administration et article 10 CEDH*

Liberté d'information et droit d'accès à l'information

21. C'est à la liberté d'expression et d'information inscrite à l'article 10 de la Convention que se rattache

principalement la question de la transparence de l'action des pouvoirs publics⁴⁰. Dans la déclaration du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 29 avril 1982 sur la liberté d'expression et d'information, les Etats membres indiquent qu'ils visent à « la poursuite d'une politique ouverte de l'information dans le secteur public, y compris l'accès à l'information, permettant d'accroître pour chaque individu sa capacité de comprendre et de discuter librement des questions politiques, sociales, économiques et culturelle ». Ils se déclarent par ailleurs décidés à intensifier leur coopération afin « [...] de faire en sorte que les nouveaux services et techniques d'information et de communication, lorsqu'ils sont disponibles, soient effectivement utilisés pour élargir le champ de la liberté d'expression et d'information ». Ils sont en effet persuadés que « le développement continu de la technologie de l'information et de la communication devrait servir à promouvoir le droit, sans considération de frontières, [...] de rechercher, de recevoir et de communiquer des informations [...], quelle que soit leur source ».

Droit de recevoir des informations et accès à des sources générales d'informations

22. La Commission européenne des droits de l'homme a été à de nombreuses reprises appelée à se pencher sur la portée du droit reconnu à l'article 10 de la Convention, comprenant « la liberté [...] de recevoir [...] des informations ». Elle a clairement établi que « le droit de recevoir l'information est avant tout destiné à garantir l'accès aux sources générales d'information »⁴¹.

Les sources générales d'information s'assimilent aux « informations généralement accessibles » dont on trouve une définition dans la recommandation n° R (91) 10, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 9 septembre 1991, sur la communication à des tierces personnes de données à caractère personnel détenues par des organismes publics. Le principe 4 contenu dans l'annexe à cette recommandation porte sur les « données généralement accessibles ». Le texte vise les données collectées et traitées dans des fichiers accessibles au public, un intérêt public justifiant leur accessibilité.

³⁹ Ces deux aspects font l'objet d'une analyse approfondie dans C. DE TERWANGNE, *Droit à l'information et droit à la transparence dans la société de l'information*, à paraître dans la collection des Cahiers du CRID, Bruxelles, Bruylant.

⁴⁰ Il est intéressant de noter que le Constituant belge a lui-même établi clairement une filiation entre l'actuel article 32 de la Constitution qui garantit à tout un chacun un droit d'accès aux documents détenus par l'administration, et l'article 10 CEDH. Ainsi, il est stipulé dans la note explicative de la proposition du gouvernement visant à insérer l'article 24ter dans la Constitution que le droit à la publicité des documents administratifs est à considérer comme un cas particulier d'un droit général à l'information qui est lui-même une extension de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'accessibilité au public des informations peut soit être prévue par la loi, « conformément aux dispositions régissant l'accès à l'information relevant du secteur public ou la liberté d'information. »⁴². Soit, « des fichiers peuvent être accessibles [...] au public en général parce que telle était l'intention du législateur dans des dispositions spécifiques. Ces catégories de fichiers visent les 'fichiers publics' proprement dits qui contiennent des données [...] collectées et enregistrées par des organismes publics en vue de leur publication officielle »⁴³. Dans cette optique, on peut donc considérer comme généralement accessibles les informations couvertes par les législations instaurant un accès public, et les informations faisant l'objet d'une publication officielle.

23. La décision *X c. Autriche* du 13 avril 1988⁴⁴ a permis à la Commission de préciser le rapport entre l'article 10 et les lois nationales d'accès à l'information publique. Un citoyen autrichien souhaitait avoir accès à la base de données informatisée constituée pour ses besoins internes par le ministère des Affaires sociales et rassemblant législation, jurisprudence et doctrine en matière de sécurité sociale. La loi autrichienne accorde un droit d'accès à cette base de données à toute personne qui en fait la demande. La couverture des frais d'installations techniques nécessaires à l'accès incombe toutefois au candidat utilisateur. Le citoyen autrichien en question dans l'affaire s'est ainsi vu réclamer une somme de 50.000 schillings (approximativement 4.000 euros) équivalant à l'investissement nécessaire de la part de l'administration, augmentée de 2.000 schillings par heure de connexion au système. A ses yeux, il s'agit là d'une violation de l'obligation pesant sur les Etats, sur la base de l'article 10 de la Convention, « to contribute to an effective right of access to an existing information system and, therefore, to provide for the technical facilities of access to this system at reasonable prices ». Pour prendre position quant aux exigences découlant de l'article 10, la Commission, remarquant que « the applicant has a statutory right of access to the legal information system », vérifia si les conditions de mise à disposition de l'information n'inter-

féraient pas avec le droit consacré à l'article 10. La requête adressée à la Commission ne contenant, d'après celle-ci, aucune indication selon laquelle l'estimation des coûts d'installation et d'utilisation était prohibitive ni aucune indication que les autorités autrichiennes ont, lors de la mise en place du système d'information, restreint arbitrairement l'accès d'autres utilisateurs, l'action du requérant fut jugée non recevable.

En résumé, on peut établir que les informations couvertes par une législation instaurant un droit d'accès du public non conditionné par la justification d'un intérêt, sont à considérer comme des « sources générales d'information ». A ce titre, l'accès à ces informations doit être garanti dans le respect de l'article 10 de la Convention.

24. Il appartient aux organes de la Convention de vérifier si les conditions auxquelles l'accès aux informations peut être exercé n'interfèrent pas avec le « droit de recevoir l'information ». Ce sont les conditions de coûts, d'admission à l'accès ou les modalités pratiques qui sont visées. A la lecture de la décision *X c. Autriche*, on devine que des coûts d'accès prohibitifs – s'ils sont démontrés tels – seront considérés comme une violation de l'article 10. De même qu'un accès limité à certaines catégories de personnes sans que la discrimination soit justifiée au regard des critères développés dans le cadre de l'article 14 de la Convention de sauvegarde. On pourrait également considérer que refuser au requérant l'accès à une base de données existante pour lui permettre plutôt de consulter sur leur support papier l'ensemble des documents enregistrés, équivaut à ne pas assurer un droit effectif d'accès, dans la mesure où la qualité de l'accès est fonction de sa modalité opératoire. La recherche d'information effectuée par des moyens automatisés sera fiable et exhaustive là où la recherche manuelle s'apparentera à la légendaire quête de l'aiguille dans la botte de foin.

Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Autronic AG*, la Cour européenne des droits de l'homme a spécifié que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme « concerne non seulement le contenu des informations, mais aussi les moyens de transmission ou de

⁴¹ Comm. eur. D.H., *Finegan c. Irlande*, décision du 7 décembre 1981, req. 8878/80, inédite. Cette affirmation avait déjà été soutenue dans Comm. eur. D.H., *X c. République fédérale d'Allemagne*, décision du 3 octobre 1979, req. 8383/78, *Decisions and Reports* 17, 228 (« The right to receive information envisages first of all access to general sources of information »). Elle a été reprise à de nombreuses occasions, notamment dans Comm. eur. D.H., *X c. Autriche*, décision du 13 avril 1988, req. 10392/83, inédite (« The freedom to receive information guaranteed by Article 10, par. 1 of the Convention is primarily a freedom of access to general sources of information which may not be restricted by positive action of the authorities »).

⁴² Exposé des motifs de la recommandation n° R (91) 10, Strasbourg, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1993, p. 22, n° 22.

⁴³ *Ibid.*, p. 23, n° 23.

⁴⁴ Req. N°10392/83, inédite.

captage, car toute restriction à ceux-ci touche le droit de recevoir et communiquer des informations »⁴⁵. Lorsque la Cour européenne affirme que les moyens techniques peuvent être inclus dans le processus de communication protégé par l'article 10, elle vise donc les moyens requis pour entrer en « possession » de l'information. Un intéressant parallèle peut être tracé avec l'obtention, dans le cadre des législations de transparence de l'administration, de copies électroniques de documents administratifs informatisés. Refuser de transmettre une version digitale des documents et en communiquer une copie papier revient tout à la fois à réduire l'information communiquée et à restreindre l'accès à l'information transmise. Or, ainsi qu'on vient de le dire, les documents pouvant être considérés comme généralement accessibles, ils sont couverts par la protection de l'article 10 de la Convention. En conséquence, une atteinte au droit des individus de les recevoir doit être justifiée au regard du paragraphe 2 de cette disposition. Limiter la « réception » de l'information en limitant son support doit donc être prévu par la loi et s'imposer au nom de la protection d'un intérêt (l'ordre, par exemple), parce que d'autres solutions interféreraient avec une bonne gestion des tâches administratives. La restriction ne sera pas justifiable si, par exemple, le refus d'accorder un format demandé repose sur la seule existence d'un autre format pour la même information.⁴⁶

En Belgique

25. En Belgique c'est au niveau de la Constitution que fut d'abord consacré le principe général de transparence de l'administration. L'article 32, inséré en 1993, stipule que « chacun a le droit de consulter ou de se faire remettre copie de chaque document administratif »⁴⁷. Si cette disposition et les législations qui ont mis en œuvre la publicité de l'administration aux différents niveaux de pouvoir du pays⁴⁸ ont été pensées dans un univers essentiellement « papier », leur application se confronte aujourd'hui à la réalité électronique.

L'organe de recours mis en place au niveau fédéral en cette matière, la Commission d'accès aux documents administratifs, a été amené à prendre position sur la question du support de l'information transmise aux demandeurs⁴⁹. Pour cette instance, le citoyen n'est pas en droit d'exiger de toute administration la reproduction informatique des documents désirés, les administrations ne disposant pas nécessairement du matériel requis pour procéder à ce mode de reproduction (un scanner avec reconnaissance de caractères, par exemple). Mais dès lors que l'administration dispose de modes de reproduction informatiques, le citoyen pourrait réclamer la copie sur support électronique des documents souhaités. Dans ce sens, si le document se présente déjà sous une forme

⁴⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Autronic A.G. c. Suisse* du 22 mai 1990, *Publ. Cour.*, série A, n°172, par. 47.

⁴⁶ A. A. L. BEERS, "Public Access to Government Information towards the 21st Century", in W. F. KORTHALS, E. J. DOMMERING, P. B. HUGENHOLTZ, J. J. C. KABEL (ed.), *Information Law towards the 21st Century*, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, pp. 210-211 ; F. SCHRAM, « Openbaarheid van bestuur : een voorbeeld van interactie tussen het Europees en nationaal publiekrecht », *T.B.P.*, 1999/3, spéc. pp. 156 et 157.

⁴⁷ Sur la motivation, le sens et la portée de cette nouvelle disposition constitutionnelle, voy. C. BENEDEK, « La transparence en Belgique. L'accès aux documents administratifs », *A.P.T.*, 1993/3, pp. 159-171 ; C. DE TERWANGNE, « L'accès du public à l'information détenue par l'administration », *Rev. b. dr. const.*, 1996, pp. 107-138 ; R. ERGEC, « La transparence administrative comme droit fondamental et ses limites », *A.P.T.*, 1993/2, pp. 87-95 ; F. JONGEN, « La publicité de l'administration », *J.T.*, 1995, pp. 777 et s. ; I. JONGENEELLEN, « Openbaarheid van bestuur in de Belgische wetgeving », *Jura Falc.*, 1995, 563-607 ; P. POPELIER, « De openbaarheid van het overheidshandelen in een democratische rechtsstaat », *T.B.P.*, 1995, pp. 707-715 ; J. SAMBON, « L'accès à l'information en matière d'environnement comme droit fondamental », *Amén.-Env.*, 1996, n° spécial, pp. 237-255 ; F. SCHRAM, « Openbaarheid van bestuur : een voorbeeld van interactie tussen het Europees en nationaal publiekrecht », *T.B.P.*, 1999/3, pp. 155-179 ; M. VERDUSSEN et A. NOEL, « Les droits fondamentaux et la réforme constitutionnelle de 1993 », *A.P.T.*, 1993, p. ; X., *Openbaarheid van bestuur in Vlaanderen, België en de Europese instellingen. Referatenboek van de studiedag van 22 september 1995*, Leuven, Instituut voor Milieurecht, 1996.

⁴⁸ Voy. la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 30 juin 1994, modifiée par la loi du 25 juin 1998, *M.B.*, 4 septembre 1998, par la loi du 26 juin 2000, *M.B.*, 15 juillet 2000, *errat. M.B.*, 5 août 2000 et par la loi du 5 août 2006, *M.B.*, 28 août 2006, ainsi que les multiples normes prises aux niveaux fédérés, presque toutes semblables au modèle fédéral, à l'exception du décret flamand du 26 mars 2004 relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 1^{er} juillet 2004.

⁴⁹ Commission d'accès aux documents administratifs, avis n° 96/115 du 6 décembre 1996, *Rapport annuel 1996*, Bruxelles, p. 74.

informatisée pour les besoins internes de l'administration – ce qui est de plus en plus souvent le cas –, la question de savoir si l'administration dispose du matériel approprié pour fournir une copie électronique du document ne se pose plus. Effectivement, si toute administration ne dispose pas d'un scanner pour transposer un texte de papier en texte électronique, l'administration qui a un ordinateur dans lequel sont encodés des documents n'a besoin que d'une disquette ou d'un CD-ROM pour tirer une copie de ceux-ci. Il n'y a pas là d'exigence plus lourde que celle de disposer de papier pour alimenter une photocopieuse. On peut donc considérer qu'en cas de document déjà présent sous une forme informatisée, l'administration est présumée disposer des modes adéquats de reproduction de l'information⁵⁰.

La CADA a poursuivi sa réflexion pour ajouter : « pour autant que l'autorité administrative fédérale dispose d'un raccordement à Internet et de facilités en matière de 'courrier électronique' et que le demandeur ait formulé la demande en indiquant son adresse de courrier électronique, afin de recevoir ce document administratif par transmission électronique, l'autorité administrative fédérale est tenue de fournir par cette voie une copie au demandeur ». L'hypothèse présentée de façon conditionnelle par la Commission fin 1996 est devenue rapidement une réalité pour la quasi totalité des services administratifs.

26. Il convient de signaler encore qu'une opération de réécriture de la législation fédérale de publicité de l'administration est en cours afin notamment de prendre en compte les évolutions technologiques. De nouvelles obligations sont envisagées en termes de mise à disposition du public d'informations par la voie des réseaux électroniques, que ce soit à la demande de citoyens ou à l'initiative de l'administration. L'usage des supports électroniques et le recours à des sites internet sont donc en passe d'être reconnus législativement comme des voies de communication et de diffusion d'informations au public⁵¹. Il est évident que c'est la prise en considération des formidables qualités présentées par ce support spécifique qui

conduit le législateur à opter explicitement pour cette voie de communication d'informations. En effet à côté des faibles coûts de production et de diffusion, le support électronique offre un potentiel de stockage et donc de mise à disposition d'impressionnantes quantités d'informations, avec des possibilités d'actualisation quasi instantanée des données. C'est en outre de partout et à toute heure du jour que l'on peut accéder à l'information quand elle est mise en ligne. Les outils de recherche couplés aux supports de diffusion permettent enfin de retrouver, extraire, trier et sélectionner les informations. Ils sont sans doute par là la garantie d'un véritable accès aux données diffusées.

La Communauté flamande a, quant à elle, déjà introduit dans son nouveau décret relatif à la publicité de l'administration une obligation de diffusion par la voie numérique⁵². L'article 29, § 1^{er} de ce décret stipule ainsi qu'« Il est développé un fichier commun contenant des informations de renvoi et des informations de première ligne des et au sujet des instances administratives visées à l'article 4, § 1^{er}. [...] Les informations de première ligne sont des informations de base non liées à un dossier, qui sont fournies d'une manière simple. Le fichier d'informations est librement et gratuitement accessible à tous, tant sous forme numérique que par le biais des guichets des instances administratives concernées ».

3.1.2. *Transparence de l'administration et article 8 CEDH*

Droit d'accès à des informations personnelles détenues par les pouvoirs publics

27. La question de la transparence de l'administration à l'égard d'un administré à propos duquel les pouvoirs publics conservent des informations a été, à l'occasion de plusieurs affaires, étudiée par la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de l'article 8 de la Convention⁵³.

⁵⁰ CADA, avis n° 96/115 du 6 décembre 1996, précité.

⁵¹ La révision législative vise dans le même temps à transposer dans notre ordre juridique interne les dispositions de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation au processus décisionnel et l'accès à la Justice en matière d'environnement, et de la directive 2003/4/CE concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement, qui imposent toutes deux aux Etats signataires ou membres de l'Union européenne des obligations de mise à disposition d'informations relatives à l'environnement par la voie électronique. La mise à disposition de ce type d'informations dépasse largement la question de la transparence de la *res publica* et est justifiée par d'autres préoccupations que celle de transformer l'administration en maison de verre. Voy. *infra* point 3.2.1.

⁵² Décret fl. du 26 mars 2004 relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 1^{er} juillet 2004.

⁵³ Sur l'article 8 CEDH, voy. le point consacré à la question de la protection des données personnelles, *infra*.

De la jurisprudence développée par la Cour à ces diverses occasions, on peut déduire que l'article 8 garantit, à moins que la protection d'un intérêt prédominant ne s'y oppose, l'accès de chacun aux informations éminemment personnelles qui se rapportent à soi, conservées par une autorité publique (arrêts *Gaskin*⁵⁴, *Mikulik*⁵⁵ et *Odièvre*⁵⁶). Par ailleurs, de l'article 8 découle également, d'après l'enseignement de la Cour, un droit d'accès pour chacun aux données relatives à sa vie privée (arrêt *Leander*⁵⁷), englobant les données relatives à la vie professionnelle, aux relations commerciales (arrêt *Amann*⁵⁸) et aux données publiques dès lors que ces dernières sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par des pouvoirs publics (arrêt *Rotaru*⁵⁹).

Pour apprécier l'équilibre ménagé entre l'intérêt justifiant le refus d'accès et la vie privée en jeu, la Cour tient compte à la fois des objectifs énumérés au paragraphe 2 de l'article 8 et de la marge d'appréciation laissée à l'Etat.

28. Il est à noter que la question de l'accès des administrés aux informations détenues par l'administration sur leur compte a fait l'objet d'une attention particulière de la part du Conseil de l'Europe. Cette attention, intégrée dans la préoccupation plus générale concernant la protection de la vie privée face à la multiplication des bases de données informatisées, a débouché sur l'adoption de la

Convention n° 108 du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel⁶⁰. Ce texte instaure notamment le droit pour toute personne d'« obtenir à des intervalles raisonnables et sans délais ou frais excessifs la confirmation de l'existence ou non dans le fichier automatisé, de données à caractère personnel la concernant ainsi que la communication de ces données sous une forme intelligible » (article 8.b.).

En Belgique

29. La signature par la Belgique, dès 1982, de la Convention 108 a conduit notre pays à se doter d'une législation en la matière afin d'être à même de ratifier ladite Convention. La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection des données à caractère personnel⁶¹ est donc venue en réponse à l'obligation internationale contractée en 1982. Cette loi garantit à toute personne physique un droit d'accès aux informations détenues par quiconque, et donc notamment par les autorités publiques. Ce droit d'accès particulièrement complet et riche ne souffre que de rares exceptions⁶². Ce sujet fait l'objet d'amples développements réservés au point 7. de la présente contribution.

⁵⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, *Rev. trim. D.H.*, 1990/4, pp. 353 et s., note P. LAMBERT : « les personnes se trouvant dans la situation du requérant ont un intérêt primordial, protégé par la Convention, à recevoir les renseignements qu'il leur faut pour connaître et comprendre leur enfance et leurs années de formation ».

⁵⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, § 64 : « Selon la Cour, les personnes qui se trouvent dans la situation de la requérante ont un intérêt vital, défendu par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle ».

⁵⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, § 29 : « La Cour rappelle à cet égard que l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur. (...) A cet épanouissement contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs ».

⁵⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, *Publ. Cour.*, série A, n° 116, § 48 : pour la Cour, tant la mémorisation des données consignées dans un registre secret de la police, que leur communication à un service, assorties du refus d'accorder à M. Leander la faculté de les réfuter, portaient atteinte au droit de celui-ci au respect de sa vie privée garanti par l'article 8.

⁵⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Amann c. Suisse* du 16 février 2000, §§ 66-67 : « En l'espèce, la Cour relève qu'une fiche a été établie concernant le requérant sur laquelle il a été indiqué que ce dernier était 'un contact auprès de l'ambassade russe' et 'faisait du commerce de différentes sortes avec la société A'. Pour la Cour il s'agit là sans contredit de données relatives à la 'vie privée' du requérant ».

⁵⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Rotaru c. Roumanie* du 4 mai 2000 : « des données de nature publique peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par des pouvoirs publics. »

⁶⁰ Voy. *infra* point 7. Vie privée et protection des données personnelles

⁶¹ Voy. *infra* point 7. Vie privée et protection des données personnelles

⁶² Pour une comparaison entre les deux voies d'accès offertes aux citoyens, au nom de la transparence et au nom de la protection des données personnelles, voy. C. DE TERWANGNE, « Loi relative à la publicité de l'administration et loi relative à la protection des

3.2. La communication d'informations publiques dans un contexte électronique

3.2.1. C.E.D.H. et devoir de l'Etat de communication d'informations

30. La Cour européenne des droits de l'homme a établi, à travers plusieurs arrêts prononcés à partir de 1998, l'existence d'un véritable droit à l'information du public, impliquant un devoir corollaire de communication d'informations pour l'Etat. Ce n'est pas à l'article 10 de la Convention, garantissant pourtant le « droit de recevoir des informations », que la Cour a rattaché ce devoir d'information⁶³. C'est, jusqu'à présent, des articles 2 et 8 protégeant le droit à la vie et le droit au respect de la vie privée que la Cour a fait découler pareil devoir. Au titre des obligations positives qui s'imposent aux Etats au nom de ces deux dispositions, la Cour a affirmé que pèse sur les pouvoirs publics l'obligation de communiquer les informations permettant de jouir pleinement des deux droits en question.

31. Ainsi, c'est à l'occasion de l'affaire *Guerra*⁶⁴, que la Cour a, de façon novatrice et hardie, proclamé l'obliga-

tion pour les autorités (italiennes en l'occurrence) de porter à la connaissance des personnes concernées les informations essentielles sur ce qui pourrait affecter le droit au respect de leur vie privée et familiale. La Cour est allée très loin dans sa définition des obligations positives pesant sur l'Etat puisqu'elle a condamné l'Etat italien pour n'avoir pas collecté les informations nécessaires et diffusé spontanément celles-ci auprès de la population en cause.

Quelques mois plus tard, dans son arrêt *McGinley et Egan*⁶⁵, la Cour confirme cette position jurisprudentielle en déclarant que l'article 8 impose à l'Etat de mettre en place une procédure permettant d'obtenir communication de l'ensemble des informations pertinentes et appropriées concernant les risques pour la santé engendrés par une activité de l'Etat.

En s'appuyant sur ces deux affaires, la Cour soulignera encore le 10 novembre 2004, en se prononçant dans le cadre de l'article 8 protégeant la vie privée, l'importance de l'accès du public aux informations relatives aux effets des activités qui peuvent porter atteinte à l'environnement et aux droits des individus, ainsi que de l'accès aux informations permettant d'évaluer le danger auquel le public est exposé⁶⁶.

données personnelles : regards croisés sur deux voies d'accès à l'information », in *Transparence et droit à l'information*, coll. Formation permanente CUP, Liège, vol. 55, mai 2002, pp. 85-115.

⁶³ Pourtant la Cour a déjà à de multiples reprises évoqué le « droit du public de recevoir des informations d'intérêt public » ; elle a, par ailleurs, proclamé que le respect de l'article 10 impliquait des obligations positives pour les Etats (Cour eur. D.H., arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, § 55 et arrêt *Osgür Gündem c. Turquie* du 16 mars 2000, § 43) ; mais, à l'inverse de la Commission européenne des droits de l'homme qui l'a admis à une très large majorité, elle n'a pas estimé que l'on pouvait faire découler de l'article 10, dans le contexte des affaires qui lui étaient soumises, une obligation pour l'Etat de communiquer des informations au public (arrêts *Guerra c. Italie* du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I, p. 223, *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, précité, *Sîrbu c. Moldavie* du 16 juin 2004). Voy. C. DE TERWANGNE, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de recevoir des informations de la part des autorités publiques », *Amén.*, 1998/4, pp. 265-270 ; J.-P. MARGUENAUD, « L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit de l'environnement », *J.T.dr. eur.*, 1998, pp. 220 et s. La Cour sera peut-être amenée à faire évoluer cette position. Voy. en ce sens les déclarations de 9 juges sur les 20 qui se sont prononcés dans l'affaire *Guerra* (C. DE TERWANGNE, *op. cit.*, p. 267) ; voy. également J. BODART, « La protection de l'environnement par le biais du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile », *Amén.* 2003/4, p. 219 : « le refoulement du droit de recevoir des informations sur les risques de pollution n'est peut-être pas définitif. En effet la Cour – depuis l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979 – a averti que la Convention devra toujours s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui. Il faut donc considérer que la solution retenue dans cette affaire est appelée à évoluer sous l'influence des changements de mœurs et de mentalités, des progrès techniques et des transformations sociales principalement révélées par des mutations juridiques » et J.-P. MARGUENAUD, « La Convention d'Aarhus et la Convention européenne des droits de l'homme », *R.J.E.*, 1999, n° spécial, p. 83 : « tout ce que les Etats soumis à la juridiction obligatoire de la Cour de Strasbourg ont accepté ou vont accepter en matière d'information sur l'environnement en signant et, plus encore, en ratifiant la Convention d'Aarhus pourrait peut-être justifier une inflexion de la jurisprudence *Guerra* qui a sans doute été dictée par la crainte d'exposer les Etats au risque d'être asphyxiés par la multiplication des demandes de collecte d'informations dans les domaines les plus divers ».

⁶⁴ *Précité*, § 60.

⁶⁵ Cour eur. D.H., arrêt *McGinley et Egan c. Royaume-Uni* du 9 juin 1998, *Recueil*, 1998- III, p. 1362, § 97.

32. Raisonnant dans le cadre de l'article 2 protégeant le droit à la vie, la Cour affirma dès 1998 que cette disposition impose à l'Etat de prendre les mesures nécessaires pour protéger la vie des individus, au rang desquelles figure l'information des personnes sur les risques encourus pour leur santé ou celle de leur progéniture⁶⁷.

A l'occasion de l'affaire *Öneryildiz c. Turquie* tranchée le 30 novembre 2004, la Cour confirma : « L'obligation positive de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie au sens de l'article 2 implique avant tout pour les Etats le devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif visant une prévention efficace et dissuadant de mettre en péril le droit à la vie. [...] Parmi ces mesures préventives, il convient de souligner l'importance du droit du public à l'information, tel que consacré par la jurisprudence de la Convention. En effet, avec la chambre, la Grande Chambre convient que ce droit, qui a déjà été consacré sur le terrain de l'article 8 (*Guerra et autres*, § 60), peut également en principe être revendiqué aux fins de la protection du droit à la vie, d'autant plus que cette interprétation se voit confortée par l'évolution actuelle des normes européennes (paragraphe 62⁶⁸). »⁶⁹ La Cour a précisé encore : « cette obligation doit être interprétée comme valant dans le contexte de toute activité, publique ou non, susceptible de mettre en jeu le droit à la vie, *a fortiori* pour les activités à caractère industriel, dangereuses par nature, telle que l'exploitation de sites de stockage de déchets »⁷⁰.

33. En conclusion, de la jurisprudence développée par la Cour se dégage l'obligation de mise à disposition des informations dont la connaissance concourt à assurer la jouissance des droits à la vie, à la vie privée et familiale et au domicile. En d'autres termes, on peut considérer qu'en filigrane des arrêts de la Cour, un devoir d'information est mis à charge des Etats en matière de sécurité, de santé et d'environnement.

En Belgique

34. Ces dernières années, on a vu se multiplier les sites internet officiels par le biais desquels les autorités publiques veillent à mettre à la disposition du public intéressé une masse d'informations générées par l'exercice de leurs compétences. Il conviendrait de vérifier si figurent bien sur ces sites librement accessibles les informations répondant aux exigences déduites de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

La Belgique est en voie de modifier sa législation afin de la mettre en conformité avec les exigences contenues dans la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée à Aarhus le 25 juin 1998. Les obligations de mise à disposition spontanée d'informations pour le public contenues dans ce texte correspondent pour une part, de façon remarquable, au devoir d'information que la Cour a déduit de la C.E.D.H. C'est donc bientôt coulées dans un texte normatif que ces exigences d'information du public seront reconnues en Belgique. Il est à noter qu'une attention particulière est attachée dans le texte de la Convention d'Aarhus à la diffusion par la voie numérique.

3.2.2. C.E.D.H. et diffusion des informations juridiques et, notamment, du *Moniteur belge*

35. Au titre des informations dont un Etat doit garantir la diffusion au sein de la société figurent bien sûr les informations juridiques. Cette diffusion est la condition de la connaissance des droits et libertés garantis et de leur application. Lorsqu'elle analyse « l'accessibilité » des normes invoquées devant elle pour justifier des ingérences aux droits protégés, la Cour européenne observe, en premier lieu, si la « loi » a fait l'objet d'une publicité adéquate.

⁶⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Taskin et autres c. Turquie* du 10 novembre 2004, § 119.

⁶⁷ Cour eur. D.H., arrêt *L.C.B. c. Royaume-Uni* du 9 juin 1998, *Publ. Cour*, série A, n° 307-B, § 36.

⁶⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Öneryildiz c. Turquie* du 30 novembre 2004, § 62 : « S'agissant de telles activités dangereuses, l'accès du public à une information claire et exhaustive est considéré comme l'un des droits fondamentaux de la personne, étant entendu qu'en vertu notamment de la résolution 1087 (1996) [relative aux conséquences de l'accident de Tchernobyl], ce droit ne doit pas être conçu comme se limitant au domaine des risques liés à l'utilisation de l'énergie nucléaire dans le secteur civil. »

⁶⁹ *Ibidem*, §§ 89 et 90.

⁷⁰ *Ibidem*, § 71.

La publicité des normes, c'était classiquement un journal officiel sur un support papier qui s'en chargeait. Le contexte de la société de l'information a toutefois bouleversé les pratiques en place. Le développement des outils technologiques, de l'informatique à Internet, a ouvert des perspectives totalement inédites en la matière. Ces dernières années ont vu l'Etat recourir à l'outil électronique pour permettre au citoyen d'accéder aux informations juridiques⁷¹. Il y a lieu désormais de redéfinir le devoir de l'Etat en termes de mise à disposition de l'information juridique. Et ceci doit concerner aussi bien l'information elle-même que le support la véhiculant et les outils l'accompagnant⁷².

La question de l'accès, tant matériel qu'intellectuel, à la loi est cruciale étant donné qu'elle est intrinsèquement liée à l'adage « nul n'est censé ignorer la loi »⁷³. Sans doute pure fiction dès le départ, cet adage fleurit aujourd'hui la totale utopie. La production de l'information juridique ne cesse en effet de s'enfler, et ce, de façon vertigineuse⁷⁴ au point que l'on a parlé de « pathologie législative »⁷⁵. Ce phénomène s'accompagne d'une complexification de la norme qui conduirait à rattacher au droit en général le constat navré que Ph. Beus établit pour le droit de la santé : « droit de l'enflure, du replâtrage, de

la mosaïque et de l'incohérence, de l'inaccessibilité »⁷⁶.

Même si elles n'éradiquent pas à elles seules les problèmes soulevés par l'évolution de l'information juridique, les avancées technologiques offrent à tout le moins des réponses techniques qui permettent de faire partiellement face au problème de l'ignorance de la loi. Ainsi, la voie électronique, et plus spécifiquement celle des réseaux publics, s'impose aujourd'hui pour assurer un accès de qualité aux informations juridiques⁷⁷.

Dans sa recommandation n° R (95) 11 du 11 septembre 1995, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a d'ailleurs affirmé, pour ce qui concerne la jurisprudence, que « le public en général et les professions juridiques en particulier doivent avoir accès [aux] nouveaux moyens d'information » utilisés pour la recherche juridique⁷⁸. Le Comité des Ministres relevait, juste avant : « Considérant que la pleine connaissance de la jurisprudence de toutes les juridictions est une des conditions essentielles de l'application équitable du droit ; [...] ». Il a dès lors recommandé aux gouvernements des Etats membres du Conseil de l'Europe « de prendre les mesures nécessaires pour assurer la facilité d'accès de tous les utilisateurs aux systèmes de documentation juridique automatisés ouverts au public »⁷⁹, en observant le prin-

⁷¹ Pour une description de ces outils, voy. C. DE TERWANGNE, « Les outils documentaires électroniques », in *La pathologie législative, comment en sortir ?*, coll. Droit en Mouvement, Bruxelles, La Charte, 1998, pp. 79-96 ; de la même auteur « L'information juridique - Quel devoir de diffusion pour l'Etat dans la société de l'information ? », *Revue Ubiquité-Droit des Technologies de l'Information*, 2003, n° 17, pp. 69-70.

⁷² Ce travail de redéfinition de la responsabilité de l'Etat a été effectué par C. DE TERWANGNE, « L'information juridique - Quel devoir de diffusion pour l'Etat dans la société de l'information ? », *op. cit.* pp. 61-79.

⁷³ PH. DELIVET, « Service public et informatique juridique. Le service public, outil de cohérence pour l'informatique juridique », *Lamy Droit de l'informatique*, 1988, E, p. 13 ; A. de THEUX, I. KOVALOVSKY, N. BERNARD, *Précis de méthodologie juridique*, 2^e éd., Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2000, pp. 79 et s. ; J. DUMORTIER, M. PENNINGCKX, Y. TIMMERMANS, « Qui est encore censé connaître la loi ? Une proposition pour un meilleur accès à la législation belge », *J.T.*, 1993, pp. 250 et s. ; Y. POULLET et PH. GERARD, « Pour un cadre juridique de la diffusion des produits informationnels juridiques », *D.A.O.R.*, 1994, n° 32, pp. 41 et 42.

⁷⁴ Voy. B. JADOT et F. OST (dir.), *Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, Publ. FUSL, 1999 ; M. GREGOIRE, « Le rôle du droit dans la cité », *J.T.*, 1982, pp. 269 et s. ; J. LELIARD, « Over de (on)toegankelijkheid van onze wetgeving », *R.W.*, 1995, pp. 209 et s. ; PH. QUERTAINMONT, « Le déclin de l'Etat de droit », *J.T.*, 1984, pp. 273 et s.

⁷⁵ A. ANTOLE et al., *La pathologie législative, comment en sortir ?*, coll. Droit en Mouvement, Bruxelles, La Charte, 1998.

⁷⁶ PH. BLEUS, « Le droit de la sécurité et de la santé : un droit dans la tourmente », in *La pathologie législative, comment en sortir ?*, *op. cit.*, pp. 25 et s.

⁷⁷ « Devant l'inflation tant réglementaire que jurisprudentielle, il est certain que seuls les médias modernes peuvent aujourd'hui assurer une réelle accessibilité de l'information juridique » (CH. FERALI-SCHUHL, « L'information juridique : contenu, accessibilité et circulation - Situation française », in *L'information juridique : contenu, accessibilité et circulation. Défis politique, juridique, économique et technique*, Actes du Congrès international organisé par l'ADIJ, à Paris les 22 et 23 octobre 1998, Paris, Ed. du juris-classeur). V. également D. DE ROY, « 175 années d'information publique », *J.T.*, 2005, p. 626.

⁷⁸ Recommandation n° R (95) 11 du 11 septembre 1995 relative à la sélection, au traitement, à la présentation et à l'archivage des décisions judiciaires dans les systèmes de documentation juridique automatisés.

⁷⁹ Recommandation n° R (95) 11, précitée, lit. c.

cipe selon lequel « la jurisprudence de tous les domaines du droit et de l'ensemble des régions géographiques doit pouvoir être diffusée par un ou plusieurs systèmes automatisés »⁸⁰.

L'enjeu d'accessibilité de l'information juridique soulève la question de l'égalité d'accès. Il est important d'assurer aux informations juridiques une publicité qui les mette à la portée de tous les justiciables et professionnels. Le développement de la société de l'information s'est accompagné de l'apparition d'un inévitable fossé numérique. Celui-ci caractérise la séparation entre les membres de la société ayant les capacités financières et intellectuelles et la formation pour accéder aux informations rendues disponibles par les nouvelles technologies, et ceux qui ne les ont pas et sont donc exclus du bénéfice des nouveaux services d'information. L'action des autorités publiques doit tendre à combler un tel fossé. Cela implique tout d'abord que, au stade actuel d'appropriation des nouvelles technologies, on ne peut opter exclusivement pour le support électronique pour diffuser l'information, en abandonnant totalement le support papier. La juxtaposition des deux supports s'impose. Or, on va le voir, là où elle a légiféré, la Belgique a opté pour l'abandon pur et simple du support papier.

En Belgique

36. Le 24 décembre 2002, perdues dans une loi-programme de plusieurs centaines d'articles, deux dispositions scellaient le sort de l'édition papier du *Moniteur belge*. Aux termes de l'article 475 de cette loi mammoth et fourre-tout, toute mise à disposition du public du journal officiel belge se ferait désormais par la seule publication électronique sur le site Internet de la Direction du Moniteur belge. L'article 474 a gardé toutefois aux rotatives une fonction minimaliste : trois exemplaires de chaque numéro seront encore imprimés sur papier. Un premier exemplaire est déposé à la Bibliothèque royale de Belgique, en exécution de la loi du 8 avril 1965 instituant le dépôt légal, un deuxième exemplaire est conservé

auprès du ministre de la Justice en tant que gardien du sceau de l'Etat et le dernier exemplaire demeure auprès de la Direction du Moniteur belge où il est disponible pour consultation par tout intéressé (...désireux de se déplacer jusqu'au 40-42, rue de Louvain à Bruxelles).⁸¹

Il est clair que la mise en place d'une diffusion électronique par la voie de l'internet représente un progrès inestimable par rapport à la diffusion sur papier. Autant la consultation sur support papier est sans doute plus commode, voire confortable que sur écran, autant la recherche d'une norme est remarquablement facilitée par la voie électronique. Rapidité et efficacité sont enfin au rendez-vous. De même, le problème du stockage des *Moniteurs* est définitivement résolu par cette voie. On ne peut donc que saluer avec conviction l'option d'une publication du journal officiel par l'intermédiaire d'un site internet accessible gratuitement par tous, de partout et à toute heure.

37. Ce qui suscite une interrogation c'est la décision politique d'abandonner l'édition papier et de réserver au public une publication exclusivement électronique du *Moniteur belge*. Cette interrogation a d'ailleurs pris la forme d'un recours en annulation des articles 474 à 478 de la loi programme du 24 décembre 2002 devant la Cour d'arbitrage.

Par son arrêt rendu le 16 juin 2004, la Cour annula les dispositions instaurant la voie électronique comme seule voie de publication officielle du *Moniteur*⁸². Elle ne manifestait pas par là, ainsi que d'aucuns ont cru bon de le dire⁸³, sa « nostalgie pour le temps des équipages, des lampes à huile et de la marine à voile ». Elle vint plutôt « au chevet des non-surfeurs »⁸⁴ tout en ne remettant nullement en cause l'option de diffusion du journal officiel par le biais d'un site internet. La Cour convint ainsi que « Sans doute le *Moniteur belge* édité sur papier n'assurait-il pas [...] la connaissance par chacun des textes qui l'obligent. Pour certaines personnes, la mise à la disposition des textes sur un site Internet favorisera même leur accès et le rendra également moins onéreux »⁸⁵.

⁸⁰ Point III. 1. de l'Annexe I à la recommandation n° R (95) 11, précitée.

⁸¹ Voy. Ch.-E. CLESSE, « De la fin du "Moniteur" papier à la mort de 'nemo censetur...' », *J.T.*, 2002, p. 40 ; C. de TERWANGNE, S. DUSOLIER, J.-F. HENROTTE, A. LEFEBVRE, « La fin de la version papier du Moniteur belge », *Rev. Ubiquité – Dr. techn. inf.*, 2003, n° 15, pp. 3 et s.

⁸² C.A., 16 juin 2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 1203 ; *R.D.T.I.*, 2004, p. 87, note F. ABU DALU, J.-F. HENROTTE, pp. 93 à 100 ; *J.L.M.B.*, 2004, p. 1129, note V. THIRY, pp. 1135 à 1137 ; *J.T.*, 2004, p. 614, obs. M.M. ; *Computerr.*, 2004, p. 290, note H. DEKEYSER, pp. 293 et 294.

⁸³ M.M., obs. sous C.A., 16 juin 2004, *J.T.*, 2004, p. 614.

⁸⁴ V. THIRY, « La Cour d'arbitrage au chevet des non-surfeurs », note sous C.A., 16 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1135 à 1137.

⁸⁵ point B. 21.

Pour la Cour toutefois, « l'effet attaché à la publication des textes au *Moniteur belge* suppose que le mode de publication pour lequel opte le législateur garantisse l'accessibilité des textes officiels sans discrimination afin que l'ensemble des destinataires de ces textes soient en mesure de connaître les obligations qui leur sont imposées par ces textes et les droits qui leur sont reconnus par ceux-ci »⁸⁶. Or, supprimer l'édition papier du *Moniteur* conduit à ce qu'« un nombre important de personnes se verront privées de l'accès effectif aux textes officiels, [...] alors qu'elles avaient la possibilité, antérieurement, de prendre connaissance du contenu du *Moniteur belge* sans devoir disposer d'un matériel particulier et sans avoir d'autre qualification que de savoir lire »⁸⁷.

C'est « faute d'être accompagnée de mesures suffisantes qui garantissent un égal accès aux textes officiels », que la Cour estima que la mesure attaquée avait des effets disproportionnés au détriment de certaines catégories de personnes⁸⁸ et qu'elle en vint à l'annuler. La Cour ne condamna pas en tant que telle la réduction de la version papier du *Moniteur belge* à quelques exemplaires, mais elle imposa comme condition de sa validité l'adoption de mesures d'accompagnement, laissant pour ce faire au législateur une très large marge d'appréciation et un délai jusqu'au 31 juillet 2005⁸⁹.

38. Le législateur a répondu *in extremis* aux exigences de la Cour d'arbitrage en votant des mesures d'accompagnement de la publication numérique du *Moniteur*, au travers de la loi du 20 juillet 2005⁹⁰. Un service d'aide téléphonique gratuit est mis en place, fonctionnel depuis le 1^{er} août 2005, permettant d'obtenir une copie à prix coûtant des actes et documents publiés au *Moniteur*. A la suite des observations du Conseil d'Etat, ce service a en

outre été chargé de fournir aux citoyens un service d'aide à la recherche de documents⁹¹. Pour le gouvernement, « il s'agit déjà en soi d'une mesure d'accompagnement, telle qu'évoquée par la Cour d'arbitrage »⁹². La loi⁹³ délègue au Roi le soin de prendre d'autres mesures d'accompagnement afin d'assurer la diffusion et l'accès les plus larges possibles aux informations contenues dans le *Moniteur*. D'après les travaux préparatoires, l'objectif des mesures est d'offrir aux citoyens, gratuitement ou au coût le plus bas possible, l'accès le plus large possible aux informations, en veillant à une couverture optimale du territoire⁹⁴.

Deux mesures ont été prises par le Roi deux mois plus tard⁹⁵. La première consiste à mettre à disposition des citoyens dans les greffes des juridictions, à l'exception de ceux de la Cour de cassation et des Cours d'appel et du travail, une version imprimée de tous les sommaires du *Moniteur*. La deuxième mesure n'en est pas vraiment une puisqu'il ne s'agit en fait que de garantir la publicité de la mesure déjà contenue dans la loi du 20 juillet : à l'endroit des greffes où les sommaires imprimés du *Moniteur* sont disponibles pour consultation par les citoyens, un avis doit être affiché, mentionnant l'adresse et le numéro d'appel gratuit de la Direction du *Moniteur belge*, en précisant qu'il s'agit d'un numéro d'appel gratuit; le fait qu'il est possible d'obtenir à prix coûtant une copie de tous les actes et documents publiés au *Moniteur* en s'adressant à la Direction du *Moniteur belge*; et le fait que la Direction du *Moniteur belge* offre un service gratuit d'aide à la recherche des actes et documents publiés au *Moniteur*.

39. Il est à noter qu'à une autre occasion, les autorités belges ont opté pour la publication électronique d'infor-

⁸⁶ point B.13

⁸⁷ point B.21.

⁸⁸ point B.22.

⁸⁹ F. ABU DALU, J.-F. HENROTTE, « Disparition de la version en papier du *Moniteur belge*, obligations positives et large marge d'appréciation », note sous C.A., 16 juin 2004, *R.D.T.I.*, 2004, pp. 93 et s.

⁹⁰ Loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 29 juillet 2005. Des modifications sont également apportées, visant, comme affirmé dans l'Exposé des motifs, à accroître la sécurité juridique ; il est ainsi prévu, notamment, qu'un exemplaire supplémentaire sera conservé sur microfilm. En outre, un quatrième exemplaire papier doit désormais être imprimé et transmis aux Archives générales du Royaume, ce qui, paraît-il ne fait qu'entériner une pratique en place. (Modifications de l'article 474 ; Projet de loi portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, 2005, n° 1845/001, p. 11)

⁹¹ Art. 475^{bis} de la loi-programme I du 24 décembre 2002, inséré par la loi du 20 juillet 2005.

⁹² Projet de loi portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, 2005, n° 1845/001, p. 12.

⁹³ Art. 475^{ter}.

⁹⁴ Projet de loi portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, 2005, n° 1845/001, p. 12.

⁹⁵ Arrêté royal du 27 septembre 2005 portant des mesures visant à assurer la diffusion et l'accès aux informations contenues dans le *Moniteur belge*, *M.B.*, 6 octobre 2005.

mations juridiques. Il s'agit de la publication des arrêts du Conseil d'Etat. Pris sur la base de l'article 28 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat complété par la loi du 4 août 1996⁹⁶, l'arrêté royal du 7 juillet 1997 prévoit que le Conseil d'Etat assure la publication des arrêts qu'il rend, d'une part, sur un réseau d'informations accessible au public, et d'autre part, sur support magnétique.⁹⁷ Cette solution de publication numérique n'a quant à elle pas suscité de remous, les seules difficultés apparues tenant à la restriction de principe apportée à la publication des arrêts prononcés en exécution de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers⁹⁸.

4. Droit d'accès à un tribunal : notification d'un acte administratif et prise de cours du délai d'introduction d'un recours juridictionnel

40. Les garanties inscrites à (ou découlant de) l'article 6 de la Convention figurent probablement parmi celles qui ont inspiré les enseignements les plus abondants et l'imagination la plus fertile. Pour les besoins de la présente contribution, nous nous bornerons à soulever une seule des questions susceptibles de révéler un intérêt particulier au regard des mécanismes de l'administration électronique⁹⁹ : il se déduit de l'ensemble des garanties visées à l'article 6 qu'est reconnu plus fondamentalement un droit d'accès au tribunal ; on examinera dans quelle mesure l'effectivité de ce droit peut être conditionnée –

dans l'hypothèse de recours juridictionnels ouverts contre des décisions administratives – par la notification électronique des décisions querellées.

41. L'effectivité du droit d'accès à un tribunal dépend notamment de la possibilité d'introduire un recours dans le délai fixé à cette fin. Si l'exigence d'introduction du recours dans un certain délai ne constitue pas en soi une restriction du droit d'accès à un tribunal¹⁰⁰, elle peut le devenir lorsque l'administré n'a pas été mis en mesure d'être informé en temps utile de l'existence et/ou du contenu de la décision : on rappellera que les termes du délai d'introduction d'un recours juridictionnel contre un acte de l'administration sont généralement conditionnés par la date à laquelle les personnes susceptibles de critiquer cet acte en ont eu connaissance (*terminus a quo*)¹⁰¹ ; cette connaissance peut être tenue pour présumée à dater de la publication de l'acte ou de sa notification aux parties intéressées.

42. La perspective de notification électronique des actes administratifs conduit inévitablement à se demander quelle sera la situation de l'administré qui n'aura pas été mis en mesure d'avoir effectivement connaissance de l'acte notifié : outre l'hypothèse (peut-être vouée à raréfaction, voire à disparition, à moyen terme) de l'administré qui ne bénéficie pas d'un accès commode aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, il convient d'épingler la situation du destinataire d'un acte qui ne serait pas en mesure de lire l'acte notifié, parce qu'il ne disposerait pas du (ou des) logiciel(s) utilisé(s) à cette fin par l'autorité émettrice ou que ce logiciel ne lui serait pas facilement accessible. De même, la prise de

⁹⁶ M.B., 20 août 1996.

⁹⁷ Arrêté royal relatif à la publication des arrêts du Conseil d'Etat, M.B., 8 août 1997. Voy. Y. POULLET, « Autour de l'arrêté royal du 7 juillet 1997 relatif à la publication des arrêts du Conseil d'Etat : les technologies de l'information et de la communication, une solution à la pathologie législative ? », *La pathologie législative : comment en sortir ?*, Bruges, La Charte, 1998, pp. 60 et s. ; L. VENY, « De Raad van State, de openbaarheid van zijn rechtsspraak en de bekendmaking van zijn arresten », *A.J.T.*, 1997-1998, pp. 324 et s.

⁹⁸ C.E., 9 octobre 2001, n° 99.587, *Rev. Dr. Etr.*, 2002, pp. 62 et s., obs. S. VAN DROOGHENBROECK.

⁹⁹ Il eût sans doute été intéressant d'évoquer le projet, actuellement en chantier, tendant à dématérialiser la procédure (Ch. Repr., Projet de loi relatif à la procédure par voie électronique, Doc 51 1701/001, s.o. 2004-2005). La présentation et l'analyse de ces travaux nous auraient toutefois imposé des développements trop importants que ne permettaient pas les limites imparties à la présente contribution.

¹⁰⁰ B. DE SMET, J. LATHOUWERS et K. RIMANQUE, « Artikel 6§1 », *Handboek EVRM*, sous la dir. de J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK, Deel 2 : *Artikelsgewijze Commentaar*, Vol.1, Anvers-Oxford, 2004, pp.493-494 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1999-2001)*, Les Dossiers du Journal des tribunaux, n°39, Bruxelles, 2003, pp.84- 85.

¹⁰¹ Tel est, par exemple, le cas du délai de soixante jours pour l'introduction d'un recours en annulation au Conseil d'Etat (Arr. Rég. du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat, art.4, al.3).

connaissance de l'acte pourra-t-elle susciter des difficultés lorsqu'elle sera exclusivement accessible par un site internet : il n'est pas certain que l'administré dispose à tout moment d'un accès à cette décision, ni qu'elle sera publiée sur le site dans une forme qui permette d'avoir une connaissance certaine et fiable de son contenu. C'est peut-être là le danger de l'enseignement jurisprudentiel – au demeurant très intéressant – qui se dégage de deux arrêts récemment rendus par le Conseil d'Etat¹⁰². Pour rappel¹⁰³, ces décisions font courir le délai d'introduction d'un recours en annulation à partir du jour où la partie requérante a été mise en mesure de prendre connaissance du contenu de la décision administrative critiquée, par un courrier précisant que cette décision était accessible sur le site internet de l'autorité qui l'avait adoptée. Dans ces arrêts, le Conseil d'Etat ne semble toutefois pas avoir subordonné la prise de cours du délai à la possibilité qu'avait la requérante de consulter le site internet, à l'accessibilité effective de celui-ci ou à des garanties relatives à la teneur et à la forme du texte de l'acte litigieux ; intéressantes en ce qu'elles témoignent de la contribution que peut apporter le juge administratif à l'avènement d'une « administration électronique », ces décisions témoignent des lacunes du cadre normatif de la publicité administrative, en ce que celle-ci peut être touchée par les nouvelles technologies de l'information et de la communication.

43. Force est précisément de constater qu'en Belgique, actuellement, la législation relative à la publicité de l'administration n'offre pas toutes les garanties d'une diffusion des actes administratifs suivant des moyens électroniques accessibles à tous : elle se révèle tantôt muette, tantôt lacunaire : ainsi, le décret flamand du 26 mars 2004 ménage-t-il sans doute la possibilité pour la personne qui demande un document administratif de préciser la forme dans laquelle il souhaite en obtenir copie (ce qui recouvre notamment le format électronique) ; il ne contient toutefois aucune garantie quant à l'utilisation par l'administration concernée de moyens que l'administré pourra utilement mettre en œuvre.

44. Un autre domaine, celui des marchés publics, incite à porter un regard plus nuancé, mais non exempt d'interrogations, sur la manière dont la législation définit les exigences auxquelles doivent répondre les moyens élec-

troniques utilisés au cours des procédures liées à la passation et à l'exécution des marchés. Si ces exigences tendent, pour la plupart, à répondre à certaines des attentes découlant du droit des marchés publics et des idéaux de concurrence et d'égalité qu'il sert (confidentialité, horodatage, intégrité, sécurité,...), l'une d'entre elles vise précisément à garantir l'accessibilité des moyens électroniques aux entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires : en vertu de l'article 81ter, 9°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, « les moyens électroniques doivent [...] garantir [...] que les outils à utiliser ainsi que leurs caractéristiques techniques, y compris pour le chiffage éventuel, sont non discriminatoires et sont disponibles pour toutes les personnes intéressées ». Ainsi considéré, le cadre normatif paraît donc, à première vue, répondre à l'exigence d'accessibilité des moyens électroniques utilisés par le pouvoir adjudicateur. Le bénéfice de cette disposition permet-il toutefois de rencontrer toutes les hypothèses de demandes d'informations sur les résultats d'une procédure d'attribution du marché ? Rien n'est moins sûr, comme en témoigne l'exemple suivant¹⁰⁴ : le soumissionnaire évincé est informé, par courrier électronique, de ce que son offre n'a pas été retenue ; par l'effet de l'article 81ter, 9°, précité, on peut supposer qu'il a été informé dans des conditions telles qu'il puisse effectivement accéder au courrier adressé par le pouvoir adjudicateur. S'il souhaite connaître les motifs de son éviction, il doit adresser à celui-ci une demande en ce sens. Si l'information lui est communiquée, non par courrier électronique, mais en lui désignant un site internet sur lequel les décisions et informations utiles peuvent être consultées, les insuffisances révélées par la jurisprudence du Conseil d'Etat surgiront à nouveau.

5. Liberté d'expression : vers la reconnaissance d'un droit à l'offre de services publics de la société de l'information ?

45. Eu égard aux dimensions de l'internet et à la remarquable diffusion qu'il permet d'offrir aux contenus informationnels, on ne sera guère surpris des ressources qu'il offre comme vecteur d'expression, lesquelles n'ont pas

¹⁰² Arrêts n°s 119.572 du 20 mai 2003 et 135.409 du 24 septembre 2004, tous deux en cause de a.s.b.l. Groupement Cerexhe-Heuseux-Beaufays c/ Région wallonne.

¹⁰³ D. DE ROY et K. ROSIER, « Publicité et transparence des marchés publics dématérialisés », *C.D.P.K.*, 2005, p.132.

¹⁰⁴ D. DE ROY et K. ROSIER, *op.cit.*, pp.130-132.

fait longtemps mystère. En tant qu'il inscrit la liberté d'expression consacrée par l'article 10 C.E.D.H.¹⁰⁵ dans un cadre idéal d'épanouissement, Internet constitue ainsi un remarquable outil de promotion de cette liberté. Assez naturellement, ce constat incite l'observateur à s'interroger sur le rôle qu'au titre des obligations positives¹⁰⁶ éventuellement imposées par cette disposition, doivent jouer les Etats dans l'accès du citoyen¹⁰⁷ à ce mode de communication et de diffusion de l'information. Ainsi, convient-il de se demander si le citoyen peut revendiquer un droit au bénéfice de services (publics) liés à la société de l'information, parmi lesquels l'hébergement de sites internet sur le(s) serveur(s) de personnes publiques¹⁰⁸. La question s'impose d'autant plus que la pratique désigne certains pouvoirs publics assurant précisément l'offre de tels services, auxquels ils reconnaissent ainsi, de façon implicite mais certaine, le caractère d'intérêt général justifiant qu'ils en assurent la prise en charge. Examinées au travers des prismes du droit communautaire et du droit administratif¹⁰⁹, ces activités pourraient l'être par la lorgnette de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Il y aurait effectivement lieu de se demander si les conceptions relatives aux obligations positives incombant aux Etats ne conduisent pas à imposer à ceux-ci le soin de réserver à chaque individu, ou à certaines catégories, la possibilité de jouir de sa liberté d'expression et des facultés qui y sont liées, particulièrement en retirant pleinement profit des ressources d'Internet.

46. Quelle que soit l'adhésion qu'emportent aujourd'hui les enseignements relatifs aux « obligations positives », il n'est pas certain que celles-ci doivent être perçues comme imposant nécessairement aux Etats et à leurs autorités d'assurer pareil service. Les enseignements de la jurisprudence de Strasbourg ne laissent pas se profiler une telle exigence : on rappellera avant tout que la préoccupation de la Cour est de voir assurée l'effectivité du droit ou de la liberté dans l'Etat concerné, tout en laissant à la discrétion de celui-ci le choix des moyens qu'il

entend mettre en œuvre pour atteindre cette effectivité. Par ailleurs, en imposant aux Etats signataires, au nom des libertés consacrées par l'article 10 C.E.D.H., l'organisation et l'offre d'un tel service qui, pour l'essentiel, permet de répondre à un besoin (dans ses dimensions économique et sociale), le juge strasbourgeois étendrait le rayonnement de ces libertés au terrain des droits économiques et sociaux, alors qu'il semble traditionnellement se montrer plutôt réticent à cet égard¹¹⁰.

47. Les doutes que nous émettons quant aux obligations qui pèseraient sur les autorités étatiques en matière de services publics liés à la société de l'information ne doivent toutefois pas faire perdre de vue que, là où elle est assurée, l'offre de ces services ne pourra l'être dans des conditions et suivant des modalités qui contreviennent aux exigences du droit conventionnel. Ainsi, par exemple, ne peut-on imaginer qu'une commune accepte d'héberger les sites des seules associations emportant la sympathie d'une majorité politique au sein de ses organes, tandis que le bénéfice de ce service serait refusé aux groupements qui ne paraissent pas suffisamment proches de (voire même, sont ouvertement opposés à) l'obédience politique majoritaire. Pareil comportement devrait plus que probablement s'analyser comme constituant une méconnaissance de l'article 10 C.E.D.H., lu conjointement avec l'article 14 de cette même convention.

6. Les droits du citoyen et le vote électronique

48. Le respect du droit à des élections libres constitue probablement dans la « société de l'information » l'un des thèmes de prospective aux enjeux les plus riches. Il n'y a pas de quoi s'en étonner lorsque sont analysés les motifs de l'irruption des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans le fonctionnement du mécanisme électoral, incarnation essentielle de l'idée de démo-

¹⁰⁵ Lu conjointement, le cas échéant, avec d'autres dispositions, tel l'article 3 du Premier protocole additionnel à la C.E.D.H. (droit à des élections libres) (cf. infra, n° 48 et suiv.).

¹⁰⁶ Cf. *supra*, n° 15-17.

¹⁰⁷ A titre individuel ou au travers d'associations au sein desquelles il est actif.

¹⁰⁸ Ainsi que nous l'avons suggéré précédemment, bien d'autres services peuvent être pris en charge, en ce domaine, par les pouvoirs publics (cf. *supra*, n°16).

¹⁰⁹ D. DE ROY, « Regards croisés sur l'offre de services de la société de l'information par les communes », *Revue Ubiquité. Droit des technologies de l'information*, 2002, pp.53-77.

¹¹⁰ F. SUDRE, *op.cit.*, pp.370-371 ; sur l'oscillation entre libertés individuelles et droits économiques et sociaux, cf. N. FOULQUIER, *op.cit.*, p.564.

cratie fondant nos structures étatiques. Au nombre de ces motifs, deux retiennent plus particulièrement l'attention. D'une part, dès lors que le processus électoral est indissociablement lié à un débat public (préalable), dont les *media* représentent le cadre de référence¹¹¹, il n'est pas surprenant qu'Internet offre un *forum* de choix et que l'utilisation de ce vecteur d'information puisse, à bref délai, alimenter le « contentieux en amont des élections »¹¹². D'autre part, là où les opérations électorales proprement dites reposent sur un formalisme porteur de garanties, mais synonyme de lourdeurs, le recours à l'informatique est présenté comme une alternative séduisante, justifiant le développement d'expérience de vote électronique.

Dans le cadre de cette contribution, nous nous limiterons à évoquer brièvement ce deuxième aspect de l'intrusion des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans le système électoral¹¹³.

49. Comparée aux expériences d'administration électronique, évoquées jusqu'à présent, celle du vote électronique se révèle si l'on a égard à l'objet de ce colloque et à la démarche prospective à laquelle nous nous essayons. Alors que les expériences tentées en Belgique au cours des dernières années ont donné lieu à d'abondants développements doctrinaux (orientés notamment vers la protection garantie par l'article 3 du Premier protocole additionnel à la C.E.D.H., ce qui pourrait annoncer un éclairage conventionnel riche), le débat semble actuellement figé et ses animateurs paraissent plongés dans l'expectative, scrutant désespérément d'éventuels enseignements jurisprudentiels que livrerait la Cour européenne. L'ancrage de cette problématique dans le droit conventionnel est donc bien établi, même si, à ce jour, il n'offre pas encore de ressources suffisantes pour apprécier la conformité du système de vote électronique aux exigences déduites des instruments de protection des droits de l'homme. Face au dilemme entre l'approche analytique qu'inspirerait une littérature relativement abondante et la démarche prospective qu'impose l'absence de jurisprudence strasbourgeoise directement utile, nous nous limiterons à formuler quelques observations qu'inspire l'un

des principaux motifs de contestation du vote électronique, à savoir l'insuffisance de contrôle qu'il permet d'exercer sur l'organisation et le déroulement des opérations électorales.

50.

L'article 3 du Premier protocole additionnel à la C.E.D.H. prescrit la tenue, à des intervalles raisonnables, d'élections « libres », au scrutin secret et « dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». La satisfaction de cet idéal suppose en particulier que la population puisse s'assurer, par un contrôle adéquat, de la régularité de l'organisation et du déroulement des opérations électorales. L'introduction du vote automatisé permet de souligner que ce contrôle de régularité peut se traduire dans des observations *abstraites* sur la validité du système électronique et son aptitude à garantir le respect des valeurs sur lesquelles reposent nos conceptions des opérations électorales. Le contrôle peut également inspirer des observations *concrètes* sur le déroulement des opérations dans tel ou tel bureau de vote ou de dépouillement. Les nombreuses observations qu'a suscitées l'incidence du vote automatisé sur ces deux « objets » (système et opérations) ou « types » (abstrait ou concret) de contrôle nous inspirent deux brèves réflexions.

51. Le souci de porter un regard abstrait sur les dispositifs constituant le système de vote électronique est d'autant plus légitime qu'il procède de préoccupations très compréhensibles que fait naître un tel bouleversement des pratiques (et, sans doute, des mentalités) : le passage d'un système *familier* à un procédé *inconnu* éveille naturellement la curiosité et crée le besoin d'information. Examinées à la lumière des garanties de la Convention européenne, ces attentes relèvent sans doute autant de l'article 10 (en ce qu'il consacre le droit à l'information) de cette Convention, que de l'article 3 du Premier protocole additionnel. La recherche de garantie effective de ces droits semble inévitablement passer par la question de l'accessibilité des documents décrivant et/ou régissant l'organisation du vote automatisé, documents parmi lesquels figurent les logiciels affectés aux différen-

327

RECHTSLEER | DOCTRINE

¹¹¹ A tout le moins, doit-on le constater, même si l'on déplore que la teneur et la qualité de ces débats puissent souffrir d'impératifs autres, tel celui du niveau d'écoute (Y. MARIQUE « Le contentieux en amont des élections », *Les élections dans tous leurs états. Bilan, enjeux et perspectives du droit électoral*, Bruxelles, 2001, p.508).

¹¹² Selon la locution utilisée par Y. MARIQUE (*op.cit.*).

¹¹³ La diffusion du discours électoral par la voie médiatique aurait pu être abordée, en tenant compte de la donne nouvelle que représente Internet. Nous avons toutefois choisi de négliger cette problématique dans le cadre – nécessairement limité – de cette contribution : il est assez probable qu'un certain nombre de questions susceptibles d'être examinées l'ont déjà été bien avant l'avènement d'Internet, dans l'utilisation des *media* « traditionnels » du secteur audio-visuel.

tes opérations électorales. Il n'est d'ailleurs pas indifférent de relever que c'est précisément au regard de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration que le Conseil d'Etat a examiné, pour finalement la dénier, la légalité d'une décision de refus d'accès aux logiciels utilisés pour le déroulement des opérations électorales¹¹⁴.

52. S'agissant du contrôle (concret) des opérations électorales, de nombreuses critiques convergent pour soutenir qu'il est gravement compromis par les systèmes de vote électronique, notamment parce que – à raison de la complexité technique qu'affichent les procédés mis en œuvre – le citoyen est dépouillé d'une prérogative qui – sauf à admettre les risques inhérents à une emprise du « pouvoir en place » – doit lui revenir et relever de sa maîtrise. Si pures et nobles que puissent être les préoccupations inspirant ce discours, elles ne s'en révèlent pas moins surprenantes : la générosité des idées véhiculées paraît inspirée par le seul changement technique qu'introduit le vote électronique, alors qu'elles ne suscitaient que l'indifférence auparavant : il est difficile, en effet, de proclamer un attachement indéfectible au contrôle populaire quand on sait, dans le même temps, que l'introduction du vote électronique est parfois présentée comme une alternative à la difficulté rencontrée depuis des années dans la composition des bureaux de dépouillement¹¹⁵. Sans nier l'incidence de l'introduction de techniques nouvelles sur la stabilité des principes censés gouverner l'organisation des élections conformément à certaines valeurs¹¹⁶, il nous semble important de confronter certaines des critiques dont fait l'objet le vote électronique aux réalités que rencontrent, depuis longtemps, nos pratiques électorales.

53. En ce qui concerne le contrôle des opérations électorales conduites selon un système de vote électronique, on observera – de manière générale – le désarroi de nombreux observateurs devant la « cacophonie »¹¹⁷ ou les carences des enseignements jurisprudentiels face à un

système électronique tantôt encensé, tantôt voué aux gémonies, mais presque toujours énigmatique à bien des égards. Bien que ce sentiment ne représente qu'un des nombreux symptômes du malaise que suscite le vote électronique, il paraît révélateur de la manière dont la dimension informatique de certains processus est appréhendée par le droit, par les acteurs politiques ou bien encore par le juge. Trois observations peuvent alimenter le débat.

54. D'un point de vue strictement juridique, les attentes et espoirs qu'alimente la perspective d'apports jurisprudentiels utiles sont évidemment compréhensibles : face à un système de vote complexe et obscur, la généralité des termes des dispositions de droit international consacrant certaines garanties paraît ne pas suffire pour évaluer la conformité de ce système aux exigences de protection des droits de l'homme ; c'est dire si l'intervention du juge se révèle déterminante, à raison de l'interprétation qu'il donnera de ces dispositions, dans leur application éventuelle aux recours dont il est saisi. Cela étant, l'espoir d'une « manne » jurisprudentielle dépasse de loin les caractéristiques de l'office du juge et de son apport à l'édification du droit. On peut se demander si le véritable enjeu ne revient pas à tenir dans les prétoires les débats qui auraient dû animer les perchoirs de nos assemblées parlementaires, mais n'y ont jamais été véritablement tenus. En ce sens, la problématique du vote électronique constitue l'illustration d'un phénomène aujourd'hui répandu de « juridictionnalisation » d'un débat politique insatisfaisant.

55. Certains auteurs ont regretté la timidité des juridictions dans leur approche de la régularité des opérations électorales menées dans le cadre du système électronique¹¹⁸ ; à juste titre, ils se demandent si de nombreux magistrats ne seront pas inévitablement démunis pour intervenir dans un contexte où « l'introduction de nouvelles technologies a comme conséquence de 'technici-

¹¹⁴ Arrêt n° 95.677 du 21 mai 2001, *Antoun c/ Etat belge*.

¹¹⁵ A. LEFEBVRE, « Vote électronique : éléments juridiques pour une question démocratique », *Revue Ubiquité. Droit des technologies de l'information*, 2003, p.43 ; A.-E. BOURGAUX, « Le vote automatisé : du mythe de Prométhée à celui de Frankenstein », *Les élections dans tous leurs états...*, p.234.

¹¹⁶ A.-E. BOURGAUX, *op.cit.*, p.165.

¹¹⁷ A.-E. BOURGAUX, D. DELVAX, F. GOSSELIN, Y. MARIQUE, J. SOHIER et N. VAN LAER, « Chronique de jurisprudence : les élections communales du 8 octobre 2000 », *A.P.T.*, 2001, p.267.

¹¹⁸ A.-E. BOURGAUX, D. DELVAX, F. GOSSELIN, Y. MARIQUE, J. SOHIER et N. VAN LAER, *op.cit.*, p.269 ; K. MUYLLE, « La vérification des pouvoirs et le vote automatisé face à la Convention européenne des droits de l'homme : la Cour de cassation temporise » Obs. sous Cass., 11 juin 2004, *C.D.P.K.*, 2004, pp.558 et suiv., p.562.

ser' le débat »¹¹⁹. Outre que l'ampleur de ce phénomène dépasse largement la seule problématique du vote électronique¹²⁰, on observera que ses premières manifestations ont été ressenties bien avant la phase « prétorienne » du débat. C'est précisément cette contrainte technique qui explique – à tout le moins partiellement – la pauvreté des travaux parlementaires, autant que l'embarras affiché en cette matière par différents ministres de l'Intérieur au cours des dernières années¹²¹. Plus fondamentalement, cette situation réfère à la crainte de nombreux acteurs d'appréhender, en les intégrant, les dimensions technique, juridique et politique d'enjeux sociétaux à forte connotation technique ; elle plaide en faveur d'une articulation soignée entre les interventions respectives des acteurs politiques et des experts, articulation sans laquelle, ceux-là seront inévitablement exclus d'un débat auquel ils ont naturellement vocation à prendre part¹²².

56. Enfin, la perspective d'enseignements jurisprudentiels attendus avec impatience ne doit pas faire illusion : le constat d'indigence parfois porté sur la jurisprudence ne peut faire perdre de vue que celle-ci est conditionnée par les principes gouvernant l'office du juge : faut-il rappeler, à cet égard, que le prétoire n'est pas une académie ? Certes, le juge ne se risque-t-il pas à des interprétations hasardeuses lorsque la nécessité ne le lui impose pas ; en ce sens, on parlera peut-être d'une certaine timidité du juge ; mais il faut rappeler que celui-ci doit, avant tout, trancher les litiges qui lui sont soumis, selon les règles qu'il met en oeuvre pour assurer ce rôle. Si le litige peut être tranché sans que soit requise l'interprétation de la norme, il n'appartiendra pas au juge d'esquisser de riches et savantes constructions intellectuelles, au risque évident de susciter la déception des observateurs. Ainsi, par exemple, si le moyen d'annulation formé à l'appui d'un recours devant le Conseil d'Etat est irrecevable, il n'appartiendra pas à la haute juridiction administrative d'aborder la question au fond et de donner une interprétation fé-

conde. De même, lorsque le moyen manque en fait¹²³, la Cour de cassation s'abstient-elle de se prononcer, quant au fond, sur la compatibilité avec l'article 13 C.E.D.H., de l'arrêt d'une cour d'appel qui estime satisfaisant au regard de cette disposition le contrôle exercé sur le système de vote électronique au regard de l'article 3 du premier Protocole additionnel : donnant ainsi l'impression de « temporiser »¹²⁴, la Cour applique, ni plus ni moins, les règles de la technique de cassation.

7. Vie privée et protection des données à caractère personnel

7.1. De l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme à la loi du 8 décembre 1992

7.1.1. Rappel de l'article 8 de la CEDH

57. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹²⁵ dispose, en son alinéa 1^{er}, que « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale ». L'alinéa 2 du même article retiendra plus longtemps notre attention dans la mesure où il introduit à ce principe quelques limitations qui servent bien le propos du gouvernement électronique et encadrent sa légitimité. « *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* »

On connaît la jurisprudence abondante de la juridiction strasbourgeoise qui, sans cesse, au hasard des cas qui

¹¹⁹ A.-E. BOURGAUX, *op.cit.* p.209.

¹²⁰ Ainsi, est-ce également le cas dans le contentieux des marchés publics informatiques, où l'on observe que de nombreux litiges sont tranchés sans que la juridiction ait pu faire œuvre jurisprudentielle dans l'interprétation du droit applicable.

¹²¹ A.-E. BOURGAUX, *op.cit.*, not. pp.214-215.

¹²² Sur cette problématique, on se référera utilement aux intéressantes réflexions de J.-L. BERGEL, « Démocratie et technocratie dans le processus d'élaboration de la loi », *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, 2005, pp.795- 805.

¹²³ Parce que la critique formulée à l'encontre de l'arrêt repose sur une lecture inexacte de celui-ci.

¹²⁴ Selon les termes utilisés par K. MUYLLE (*op.cit.*).

¹²⁵ Sur cet article, v. parmi de nombreux ouvrages F. SUDRÉ (ed), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Nemesis, Coll. Droit et Justice n° 63, 2005. Cf. également l'analyse proposée par F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1990 et l'article de O. de SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et libertés », *Rev. Trim. Dr. H.*, 1999, p. 825 et s.

lui sont soumis, élargit la notion de vie privée selon une interprétation « dynamique » et « extensive »¹²⁶. Sans doute, est-ce en définitive la question de l'autonomie personnelle (la *self-determination* ou *Selbstbestimmung*¹²⁷) qui se trouve ainsi garantie par l'article 8.

58. Les limites posées aux exceptions prévues par l'article 8.2. ont été progressivement précisées. Toute ingérence doit donc être prescrite par une loi, être suffisamment précise, correspondre à un besoin social impérieux et être proportionnée à l'objectif poursuivi¹²⁸.

L'expression « prévue par la loi » exige que la mesure attaquée ait une base en droit interne, mais elle a trait aussi à la qualité de la loi en cause. Nous traiterons dans un premier temps de la qualité de la norme et reviendrons ensuite sur la qualité formelle ou non de la "loi".

La Cour exige que la norme soit accessible « à la personne concernée, qui de surcroît doit pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit »¹²⁹. Une norme de droit interne suffisamment précise présentant des qualités d'accessibilité et de prévisibilité suffira à remplir ce critère. L'affaire *Rotaru* relative à l'enregistrement du passé d'un citoyen roumain par des services de renseignements, précise indirectement le contenu minimal d'une loi créatrice d'un traitement de données personnelles, pour satisfaire aux exigences de prévisibilité : « Or, dit l'arrêt, aucune disposition de droit interne ne fixe les limites à respecter dans l'exercice de ces prérogatives. Ainsi, la loi précitée ne définit

ni le genre d'informations pouvant être consignées, ni les catégories de personnes susceptibles de faire l'objet de mesures de surveillance telles que la collecte et la conservation des données, ni les circonstances dans lesquelles peuvent être prises ces mesures, ni la procédure à suivre. De même, le loi ne fixe pas de limite quant à l'ancienneté des informations détenues et la durée de leur conservation. »¹³⁰

L'exigence de « but légitime » ne pose pas de problème puisque la protection de droits et libertés d'autrui requiert l'intervention du législateur pour justement permettre d'en limiter les atteintes. La notion de « nécessité dans une société démocratique » implique une mise en balance d'intérêts. Les intérêts énumérés par la Convention sont décrits de manière large : la sécurité publique, le bien être économique du pays, la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et de la morale. La Cour strasbourgeoise a progressivement précisé la méthode à suivre pour permettre de donner à cette mise en balance un caractère moins subjectif. Ainsi, l'Etat doit s'interroger sur la pertinence des moyens mis en place : la mesure préconisée est-elle utile, pertinente et efficace pour atteindre l'objectif visé ? Le rapport raisonnable entre l'atteinte à la vie privée et l'objectif légitime qui est poursuivi, en d'autres termes, le contrôle de proportionnalité¹³¹ est exigé ensuite. Plus ce rapport est évident, plus l'atteinte sera légitime. On tiendra compte à ce propos des mesures alternatives moins attentatoires qui auraient pu être prises¹³². Enfin, on ajoutera que cette appréciation tient compte de la

¹²⁶ Sur tous ces points, le lecteur se référera aux réflexions souvent critiques de F. SUDRÉ, « Rapport introductif – la construction par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in F. SUDRÉ (éd), *op. cit.*, p. 11 et s.

¹²⁷ Sur l'autodétermination informationnelle : Fr. RIGAUX, *op. cit.*, p. 588-589, n° 532 : « (...) La juridiction constitutionnelle a déduit du droit de la personnalité l'un de ses attributs, à savoir : « le pouvoir reconnu à l'individu et résultant de la notion d'auto-détermination, de décider en premier lieu lui-même quand et dans quelle mesure des faits relatifs à sa propre existence sont divulgués (...) Cet attribut du droit de la personnalité est appelé « droit à la maîtrise des données personnelles » (...) Il n'est toutefois pas sans limite. (...) ». Ce « droit à l'autodétermination informative » affirmé par le célèbre arrêt allemand du Bundesverfassungsgericht de 1983 dans l'affaire sur le recensement (*Volkszählungsurteil*) a également été consacré par la Cour constitutionnelle espagnole dans deux arrêts de 2000 (Trib. Const. esp. 30 novembre 2000, n° 290/2000 et 30 novembre 2000, n° 293/2000).

¹²⁸ Sur une application en Belgique de ces trois critères en particulier de l'exigence d'une loi au sens large et ce avant la promulgation de l'article 22 de la Constitution, v. Civ. Bruxelles (24^{ème} ch.), R.G. 95/14503, décision dite *Vlaamse Blok*.

¹²⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Matheron c. France* du 29 mars 2005 ; cf. également, l'arrêt *Sunday Times c. Royaume Uni* du 26 avril 1979, Série A, Vol. 30, § 49 : « Et que les exigences qui découlent de l'expression prévue par la loi » vont au delà de la simple conformité à la loi nationale. Il faut que d'abord que la loi soit suffisamment accessible : le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une « loi » qu'une norme énoncée avec précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés (...). »

¹³⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Rotaru c. Roumanie* du 4 mai 2000, Req. 28341/95, § 57, publiée in *Rev. Trim. Dr. H.*, 2001, p. 137 et s., note O. DE SCHUTTER.

¹³¹ Pour une analyse du principe de proportionnalité, lire la thèse de S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Publications FUSL, 2001.

¹³² A cet égard, dans l'affaire du décret de la Communauté flamande à propos de la publication du nom des sportifs convaincus de

marge d'appréciation¹³³ reconnue à chaque Etat à propos de cette nécessité.

7.1.2. De la traduction belge de l'article 8 CEDH : l'article 22 de la Constitution

59. L'article 22 de la Constitution belge¹³⁴ traduit¹³⁵ dans notre ordre juridique le principe de l'article 8 : « Chacun a droit, y lit-on, au respect de la vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixées par la loi ». Cette traduction comporte cependant une précision importante. Alors que l'exception prévue par la Convention européenne s'entend d'une loi au sens matériel, l'exception belge s'entend de la loi au sens formel, c'est-à-dire de l'acte réglementaire pris par un pouvoir législatif peu importe le niveau où il s'exprime. Ainsi le rappellent le

Conseil d'Etat¹³⁶, la Cour d'arbitrage¹³⁷ sans oublier la Commission de la protection de la vie privée¹³⁸.

Ainsi, comme le note la Cour d'arbitrage, dans l'arrêt n° 202/2004, « l'exigence d'une loi au sens formel s'impose en Belgique pour autoriser une ingérence dans ces droits, en vertu de l'article 53 de la Convention. Cet article prévoit que lorsqu'un droit ou une liberté est davantage protégé par les dispositions nationales que par la Convention, c'est à ces dispositions nationales qu'il convient d'avoir égard ». L'affirmation est répétée dans l'arrêt n° 131/2005 du 19 juillet 2005 : « Bien que l'article 8.2. de la Convention européenne précitée n'exige pas que l'ingérence qu'il permet soit prévue par une « loi » au sens formel du terme, le même mot utilisé à l'article 22 de la Constitution désigne une disposition législative. »¹³⁹

60. Reste à savoir à quel législateur on se réfère dans notre système fédéral¹⁴⁰. La réponse s'opère en deux

dopage, la Cour d'arbitrage (arrêt 16/2005) souligne le fait que d'autres mesures moins attentatoires à la vie privée auraient pu être prises : « la publication entreprise n'est pas nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par le législateur décretaal, puisque cet objectif peut également être réalisable par des moyens moins dommageables pour les intéressés ».

¹³³ Cour EDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 fév. 1997, E.H.R.R., 1997, Partie I, § 36 ; *Rev. Trim. Dr. H.*, 1997, p. 733 et s., note LEVINET.

¹³⁴ L'article 22 de la Constitution dispose que « Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit ». Cette disposition (anciennement l'article 24quater) a été introduite par la modification à la Constitution du 31 janvier 1994 (M.B., 12 février 1994, p. 3670).

¹³⁵ « Il ressort des travaux préparatoires de l'article 22 de la Constitution que le Constituant a cherché la plus grande concordance possible avec l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH) afin d'éviter toute contestation sur les contenus respectifs de l'article de la Constitution et de l'article 8 de la Convention (Doc. Parl., Ch. Repr., 1993-1994, n° 997/5, p. 2) » (Cour d'arbitrage, Arrêt 16/2005, 19 janvier 2005)

¹³⁶ Avis du Conseil d'Etat relatif au projet de loi organique des services de renseignement et de sécurité, Doc. Parl., Ch. Repr., 1995-96, n° 638/1, p. 31 : « L'article 22 de la Constitution impose en particulier au législateur fédéral l'obligation de garantir la protection du droit au respect de la vie privée et familiale : il est, à l'inverse, seul habilité à déterminer les cas et les conditions dans lesquels ce droit peut souffrir certaine restriction ». Sur d'autres avis du Conseil d'Etat, en particulier, ceux rejetant la possibilité de limiter la vie privée par des arrêtés royaux même de pouvoirs spéciaux voire par des lois programmes, v. la liste et les commentaires de J. Velaers, « De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving », in *De Grondwet en de Raad van State, Afdeling wetgeving, vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Anvers, Maklu, 1999, p. 154.

¹³⁷ Cf. C.A., arrêt n° 202/2004 relatif à la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête : « L'article 8.2. de la convention précitée qui permet une ingérence d'une autorité publique dans les droits qu'il garantit n'exige pas que cette ingérence soit prévue par une « loi » au sens formel du terme, le mot « loi » y signifiant toute règle de droit d'application générale et impersonnelle. Par contre, le même mot « loi » utilisé à l'article 22 de la Constitution désigne une disposition législative. »

¹³⁸ Ainsi, dans son avis récent à propos des listes noires (Avis n° du 15 juin 2005), la Commission affirme : « La Commission a déjà rappelé dans son avis « Phénix » susmentionné que « on sait que le Conseil d'Etat s'est déjà opposé à la création de traitements par simple arrêté royal et exige que les éléments essentiels des traitements du secteur public (finalités, types de données traitées) soient fixés par la loi elle-même. »

¹³⁹ Cour d'arbitrage, arrêt n° 131/2005 du 19 juillet 2005.

¹⁴⁰ Lors des travaux de la Commission sénatoriale de la révision de la Constitution et des réformes des institutions, il a été exposé que « les articles relatifs aux droits fondamentaux ne renferment aucune répartition de compétences, mais laissent ce soin à d'autres articles constitutionnels (...). Le pouvoir d'octroyer des droits fondamentaux n'est pas régionalisé ni communautarisé (...) » (Doc. Parl., Sénat,

temps. Dans le cadre d'une affaire relative aux nuisances sonores provoquées par un aéroport régional, la Cour d'arbitrage a pris soin de préciser la signification du mot « loi » dans le contexte de notre Etat fédéral¹⁴¹. Il était plaidé que seul le législateur fédéral, était compétent pour apporter des restrictions au droit à la vie privée, et ce, selon une lecture restrictive de l'article 22 de la Constitution. « Dans son arrêt n° 51/2003 du 30 avril 2003, la Cour relève que l'article 22 de la Constitution impose à tous les législateurs de respecter le droit au respect de la vie privée et familiale. La fin de l'alinéa premier doit être comprise comme autorisant le législateur fédéral à apporter des restrictions générales au droit au respect de la vie privée, applicables dans n'importe quelle matière. Sous peine de vider de leur substance les compétences des communautés et des régions, la possibilité d'ingérence dans le droit au respect de la vie privée doit leur être reconnue, à l'occasion de l'exercice desdites compétences. Toute ingérence doit être justifiée. Il en est ainsi non seulement en vertu de l'article 8.2. de la Convention européenne, mais aussi sur la base de l'article 22 même de la Constitution. La Cour rappelle à cet égard que lors des travaux préparatoires à l'adoption de cet article, il a été fait une référence expresse à l'article 8 de la Convention européenne. Le Constituant¹⁴² a entendu établir une concordance entre les contenus des dispositions constitutionnelles et conventionnelles ».

Ainsi, le législateur communautaire ou régional a, à la fois, l'obligation positive de respecter la vie privée mais également le droit de restreindre celle-ci. Il nous apparaît donc que dans l'exercice de ses compétences que ce soit en matière économique, sociale ou de santé publique, il est de son devoir de mettre en place les dispositions qui

garantiraient la protection des données, le cas échéant, par la création d'institutions propres veillant à ce respect. La création de commissions régionales ou communautaires de protection des données compétentes pour veiller au respect des principes de protection des données dans le cadre du fonctionnement des administrations relevant de ces régions ou communautés est ainsi validée par la Cour d'arbitrage¹⁴³. La Cour, dans une affaire relative à un décret de la Communauté flamande qui ordonnait la publication sur un site web de la liste des sportifs convaincus de dopage¹⁴⁴, a cependant tracé certaines limites aux pouvoirs des entités fédérées en matière de réglementation de la vie privée : « Une ingérence dans la vie privée qui s'inscrit dans une matière déterminée relève certes du législateur compétent mais le législateur de l'entité fédérée est tenu de respecter la réglementation fédérale qui a valeur de réglementation minimale en la matière. En tant que la disposition entreprise vise la publication de données personnelles, elle implique que le législateur décentral est tenu par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. ». L'affirmation de la Cour d'arbitrage peut se comprendre dans la mesure où à l'inverse de l'article 32 de la Constitution relative à l'accès aux documents administratifs, le texte de l'article 22 se réfère au seul terme de « loi », alors que l'article 32 précise que le droit de consulter les documents administratifs s'opère « sauf les cas et conditions fixés par la loi, le décret ou la règle fixée par l'article 134 de la Constitution ». On note qu'en toute hypothèse, le législateur décentral eût été tenu par la directive européenne 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des

session 1993-1994, n° 100-4/5°, p. 7). Lors des travaux subséquents de la Commission de révision de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits de la Chambre des Représentants, le problème de la répartition des compétences a été résolu comme suit (Doc. Parl. Ch. Repr., s.o., 1993-1994, n° 1278/2-93/94, pp. 4 et 5) :

« 1° la « mise en œuvre positive » du droit au respect de la vie privée et familiale relève, en vertu du deuxième alinéa de l'article 24 quater, tant de la compétence des autorités fédérales que de celle des autorités communautaires ou régionales :

2° seul le législateur fédéral peut (par une loi) déroger au droit au respect de la vie privée et familiale (en vertu du premier alinéa de l'article 24 quater), sous réserve des exceptions prévues par la loi spéciale de réformes institutionnelles, notamment en ce qui concerne les perquisitions (article 11 de la loi spéciale) et en ce qui concerne les compétences implicites (article 10 de la loi spéciale).

Répondant à un membre, le Premier Ministre confirme cette interprétation

Plusieurs membres annoncent que leurs groupes respectifs ne formulent aucune objection à l'encontre du texte amendé par le Sénat, à condition qu'il soit interprété de la manière précitée ».

Ceci a été confirmé par la Cour d'Arbitrage : CA, arrêt n° 162/2004 du 20 octobre 2004, M.B., 25 octobre 2004.

¹⁴¹ Arrêt n° 51/2003, 30 avril 2003.

¹⁴² A ce propos v. les déclarations lors des travaux préparatoires, Doc parl., Sénat., n° 100/4, p. 3 et Doc. Parl., Ch. Repr., 1993-1994, n° 997/5, p. 2.

¹⁴³ Cette création est d'autant plus défendable qu'au niveau fédéral, se sont multipliés les comités sectoriels compétents pour régler les flux et les communications entre administrations.

¹⁴⁴ C.A., arrêt n° 16/2005.

données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. La loi de 1992 n'est en effet que la transposition de ces exigences européennes qui s'impose dans un Etat fédéral à tous les niveaux de pouvoir¹⁴⁵.

61. En ce qui concerne les exceptions prévues par l'article 8, alinéa 2 de la CEDH, l'article 22 de la Constitution semble permettre des exceptions de manière plus large que l'article 8, se référant aux « cas et conditions fixées par la loi », la Cour rappelle que les autres critères de « prévisibilité » de « nécessité dans une société démocratique » et « l'objectif légitime » mentionnés par l'article 8.2. de la Convention restent d'application¹⁴⁶.

62. C'est surtout à propos des traitements mis en place par la Sûreté de l'Etat et les services de renseignements généraux que la jurisprudence a eu l'occasion de fixer les principes mêmes de la légitimité d'un traitement opéré par la puissance publique à l'égard de ses citoyens¹⁴⁷.

Deux arrêts du Conseil d'Etat rendus le même jour, le premier dans l'affaire dite *Cudell*¹⁴⁸ et le second dans l'affaire *Wicart*¹⁴⁹ à propos d'une sanction prise à l'encontre d'un fonctionnaire de la sécurité, et une décision du tribunal de première instance de Bruxelles¹⁵⁰ rappellent avec énergie la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme pour dénier tout droit des services de renseignements à la collecte et aux traitements d'informations vis-à-vis de citoyens ou de manière plus large d'individus : « *Considérant que l'article 8 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales permet l'ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit de toute personne au respect de la vie privée, pour autant que cette ingérence est*

conforme à la loi, qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire notamment à la sécurité nationale et à la sûreté publique, et que les textes qui la prévoient soient accessibles à l'intéressé et rédigés en termes assez clairs pour lui indiquer de manière adéquate quelles circonstances et sous quelles conditions, ils habilitent la puissance publique à s'y livrer, spécialement si l'ingérence présente un caractère secret »¹⁵¹.

La décision du tribunal de première instance de Bruxelles précise encore le propos en déniant au droit non écrit, voire à de simples instructions ou directives, la qualité de « loi » au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme :

« *En Belgique, le droit non-écrit ne peut être considéré comme une loi répondant aux critères de l'article 8 précité puisque la Constitution attribue au législateur national ou décentralisé compétence exclusive pour adapter les droits fondamentaux qu'elle garantit.*

Pour qu'il y ait loi, au sens de l'article 8, il faut donc, en droit interne, un acte écrit à valeur obligatoire et normative qui ne peut être confondu avec de simples instructions ou directives.

La loi doit être accessible, précise et prévisible, en sorte qu'elle permette à chacun de se rendre compte dans quelle mesure elle permet l'ingérence de l'autorité publique, qu'elle fournisse suffisamment de renseignements concernant les normes qui sont d'application et que le justiciable puisse adapter sa conduite à ces normes et être en mesure, éventuellement après avis éclairé, de prévoir avec une suffisante certitude, les conséquences de ses agissements.

Les articles 3 et 5 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée¹⁵² ne permettent à

¹⁴⁵ Comme c'est le cas en Allemagne où chaque Land dispose de sa propre loi et de sa propre autorité de contrôle.

¹⁴⁶ A cet égard, v. E. BREMS, « De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhoudingen tot het internationale, inzonderheid het Europese Recht », *TBP*, 1995-626. L'arrêt n° 202/2004 déjà cité applique d'ailleurs ces critères supplémentaires.

¹⁴⁷ Sur le rôle joué par cette jurisprudence dans l'adoption de la loi organique du 30 novembre 1998 des services de renseignements et de sécurité (*M.B.*, 18 déc. 1998), voy. B. HAVELANGE et Y. POULLET, « Secret d'Etat et vie privée ou comment concilier l'inconciliable », in *Droit des Technologies de l'Information – Regards prospectifs*, E. Montero (éd.), Cahiers du CRID, n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1996.

¹⁴⁸ C.E., 30 juin 1995, arrêt n° 54-138

¹⁴⁹ C.E., 30 juin 1995, arrêt n° 54-139.

¹⁵⁰ Civ. Bruxelles (21^e ch.), R.G. 95/14503, décision dite *Vlaams Blok* (collecte par la Sûreté de l'Etat d'informations au sujet des membres d'un parti politique).

¹⁵¹ Cet attendu est repris de l'arrêt *Wicart*, Une formulation quasi semblable de l'attendu est présente dans les deux autres décisions citées.

¹⁵² On rappellera que sous l'empire de l'ancienne version de la loi de 1992, les traitements de la Sûreté de l'Etat et des services de renseignements étaient totalement exemptés de l'application de la loi de protection de la vie privée. Désormais, depuis l'entrée en vigueur des modifications introduites par la loi de 1998, tel n'est plus le cas, même si certaines exceptions à des dispositions spécifiques de la loi sont maintenues.

la Sûreté de l'Etat que le traitement informatique de données clairement déterminées dans un but licite. L'Etat ne peut se baser sur d'autres critères pour réunir des renseignements ou établir des fichiers à l'égard des personnes privées, par exemple parce qu'elles sont membres d'un parti déterminé. Il y a lieu d'interdire de telles pratiques et d'en ordonner la cessation ».

63. Dans le domaine des administrations de la santé et de la sécurité sociale, on se référera à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *M.S. c/ Suède* du 27 août 1997¹⁵³. En l'occurrence, la plaignante se plaignait qu'à l'occasion du remboursement de soins auprès de la caisse de sécurité sociale, certains éléments du dossier médical doivent être transmis. La Cour ne conteste pas l'atteinte à la vie privée¹⁵⁴ mais estime cependant que cette atteinte était légitime au regard des trois exigences posées par l'article 8 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme : « prévue par la loi », « poursuite d'un but légitime » et « nécessaire dans une société démocratique ».

La Cour rappelle que la protection des données à caractère personnel et spécialement des données médicales revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention. « *Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention. Il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services*

de santé en général »¹⁵⁵.

La Cour note à propos des données en jeu : « *L'intérêt qu'il y a à protéger de telles informations pèsera donc lourdement dans la balance lorsqu'il s'agira de déterminer si l'ingérence était proportionnée au but légitime poursuivi, sachant qu'elle vise à défendre un aspect primordial de l'intérêt public* ».

64. Des arrêts récents de la Cour d'arbitrage développent à l'encontre des considérations sur ces conditions en particulier sur la question de la proportionnalité. On citera au premier chef, l'arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004 à propos de la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête. Cet arrêt rappelle que l'article 22 de la Constitution implique que « *toute ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée et familiale soit prescrite par une disposition législative suffisamment précise, corresponde à un besoin social impérieux et soit proportionnée à l'objectif légitime poursuivi par celle-ci* ». Sur cette base, l'arrêt analyse scrupuleusement pour chaque disposition incriminée le caractère nécessaire au regard des objectifs décrits¹⁵⁶. Ainsi, la gravité des infractions recherchées justifiera des méthodes de recherche plus « invasives » et, à l'inverse, l'existence de méthodes alternatives moins attentatoires plaidera en défaveur de l'utilisation de méthodes particulières de recherche. La nécessité de l'existence d'un juge indépendant et impartial compétent pour vérifier la légalité des procédures est soulignée. Dans l'affaire du décret de la Communauté flamande portant publication d'une liste noire de sportifs

¹⁵³ Cour E.D.H., 27 août 1997, *M.S. c/ Suède*, Rev. Arrêts et Décisions, 1997-IV, pp. 1437 et s.

¹⁵⁴ La Cour relève que « *le dossier médical en question comportait des données de nature hautement personnelle et sensible concernant Mme M.S. et notamment des informations relatives à un avortement. Tout en demeurant confidentiel, il est passé d'une autorité publique à une autre, et un nombre accru d'agents publics ont donc pu en prendre connaissance (§§12-13 ci-dessus). De plus, si les informations avaient été collectées et conservées au service de gynécologie en rapport avec un traitement médical, leur communication ultérieure servait un but différent : celui de permettre à la Caisse d'examiner la demande d'indemnisations présentée par la requérante. Il ne résultait pas du fait que celle-ci s'était fait soigner au service de gynécologie qu'elle consentirait à la communication des données à la Caisse. En égard à ces considérations, la Cour estime que la communication des renseignements à la Caisse par le service de gynécologie a porté atteinte au droit au respect de la vie privée garanti à l'intéressée par le paragraphe 1 de l'article 3* » (décision citée, p. 1147).

¹⁵⁵ Dans le même sens, Cour EDH, 25 février 1997, *Z. c. Finlande*, Rev. Dr. Santé, 1997-1998, p. 314, note S. CALLENS, à propos de la décision d'un tribunal suivant laquelle les renseignements médicaux collectés dans le cadre d'un procès et concernant la séropositivité de la personne concernée tomberaient dans le domaine public 10 ans après la décision.

¹⁵⁶ « *Il revient au législateur, sous le contrôle de la Cour, de formuler des dispositions qui autorisent le recours à ces méthodes de recherche de manière telle que l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elles comportent soit limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif décrit.* » (B.5.5). Comparer à propos du même raisonnement, l'attendu (B.5.5) de l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 19 juillet 2005 déjà cité : « *En prévoyant que l'aide matérielle indispensable au développement de l'enfant serait exclusivement octroyée dans un centre fédéral d'accueil, la disposition attaquée constitue une ingérence dans la vie privée et familiale de l'intéressé. Une telle ingérence doit donc répondre aux exigences de légalité et de prévisibilité posées par l'article 22 de la Constitution et par l'article 8 de la Constitution, poursuivre un but légitime et se trouver par rapport à ce but dans un juste rapport de proportionnalité.* »

reconnus s'étant dopés, la Cour estime que « la publication entreprise n'est pas nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par le législateur décrétoal, puisque cet objectif peut également être réalisable par des moyens moins dommageables pour les intéressés ».

65. Pour conclure, « l'insertion de l'article 22 de la Constitution ne permet donc pas un assouplissement des possibilités d'ingérence dans les droits constitutionnels. Au contraire, sur certains points, l'exigence de légalité de l'article 22 de la Constitution, telle qu'interprétée par la jurisprudence, est plus stricte encore que l'exigence de légalité européenne »¹⁵⁷. Si une loi au sens formel est nécessaire en Belgique pour justifier d'une ingérence dans la vie privée des citoyens, on ajoutera que le contrôle de ces lois par la Cour d'arbitrage est d'autant plus large que la violation du droit fondamental consacré par l'article 22 de la Constitution est automatiquement considérée comme une discrimination ou violation du principe d'égalité consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution¹⁵⁸.

7.1.3. ... à la loi du 8 décembre 1992

66. A ce principe de non ingérence des autorités publiques dans la vie privée des citoyens, s'ajoute l'obligation positive de l'Etat de veiller à la protection de ce droit fondamental¹⁵⁹. Cette obligation positive a été progressivement affirmée par la jurisprudence de la cour strasbourgeoise¹⁶⁰. Elle trouve écho dans l'alinéa 2 de l'article 22 de la Constitution : « La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit ». Sans doute, à propos de cette obligation positive, la Cour de Strasbourg se montre moins exigeante qu'à propos du devoir de non ingérence, qu'elle met à charge de l'Etat.

Aux critères de légalité, de légitimité et de nécessité qui doivent être satisfaits chaque fois qu'on porte atteinte à des droits fondamentaux, la Cour strasbourgeoise substitue la seule exigence d'un « bon équilibre d'intérêts »¹⁶¹ entre l'intérêt général et celui individuel et d'une « autorité indépendante », pour, le cas échéant, aider à l'appréciation de celui-ci¹⁶², critères bien plus vagues mais que les législateurs européens et belges ont précisé, pour le

¹⁵⁷ P. DE HERT, *Vie privée et données à caractère personnel*, Bruxelles, Politeia, T.I., mise à jour décembre 2004, p. 33.

¹⁵⁸ « La violation d'un droit fondamental constitue ipso facto une violation du principe d'égalité et de non discrimination » (Cour d'arbitrage, arrêt n° 16/2005 du 19 janvier 2005). Cf. également sur ce point: H. VUYE, « Over vliegtuigen, luchthavens, lawaaihinder, milieuhinder en mensenrechten... Welke rechtsbescherming bieden artikel 8 EVRM en artikel 22 Grondwet ? », R.G.D.C., 2003, p. 498 à propos des arrêts de la Cour d'arbitrage 50/2003 et 51/2003.

¹⁵⁹ V. à cet égard la déclaration des auteurs du projet de révision de la Constitution lors des travaux parlementaires : *Doc Parl.*, Sénat, Sess. 1993-1994, n° 100- 4/5, p. 2 et 8.

¹⁶⁰ « ...à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale » (Cour EDH, 3 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Req. 6833/74, § 31). Sur ces obligations positives et l'analyse des décisions strasbourgeoises, cf. supra §§ 15 et s. Cf. également L. BYGRAEVE, « Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties », 2003, *Int. Journ. Law and Inf. Technology*, 6, n° 3, p. 257.

¹⁶¹ Sur ce point, v. Cour Eur. D.H., *M. Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, Série A, Vol. 106, § 37 ; Cf. également à ce propos l'arrêt *Gaskin* (Cour Eur. D.H., 7 juillet 1989, Série A, Vol. 160, § 42) où la Cour estime que l'autorité devait mettre en balance d'une part l'intérêt général et d'autre part l'intérêt individuel. Pour une application de ce principe par la Commission (belge) de la protection de la vie privée, v. l'avis de la Commission à propos de la loi Phénix relative à l'informatisation des tribunaux (Avis n° 11/2004 du 4 octobre 2004, rapporteur Y. POULLET, publié en annexe de la publication du projet de loi « Phénix » in *Doc. Parl.* 1645/001, Sess. 2004-2005) : « Au-delà des questions de protection des données sensu stricto, la Commission attire l'attention sur le fait que l'introduction des technologies dans les tribunaux, si elle facilite – et cela est positif – le travail du juge et lui permet de rassembler facilement l'ensemble des informations relatives à un dossier ou à un élément du dossier (ex. nombre de condamnations déjà encourues par la personne prévenue), accroît le pouvoir des parquets et tribunaux vis-à-vis des justiciables. La volonté de maintenir un certain équilibre des intérêts entre le justiciable et l'appareil judiciaire plaide pour certaines limites dans le traitement des données et leur accès, en même temps que pour une transparence des circuits d'information existant dans l'appareil judiciaire en conformité avec les lois existantes. La Commission souhaite que lors de la définition des règles d'accès et de fonctionnement du système d'information, la prise en considération d'une nécessaire balance entre l'intérêt général servi par le pouvoir judiciaire et les libertés du justiciable soit l'objet d'un examen attentif. »

¹⁶² Sur ce point, v. les attendus de la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Armstrong c. Royaume-Uni* du 19 mars 2002, Req. N° 48521/99. Il s'agissait de preuves obtenues sur la base d'opérations policières de surveillance secrète ayant consisté à observer et enregistrer des conversations au domicile, méthodes jugées contraires aux exigences de l'article 8.

Conseil de l'Europe en 1981, dans le cadre de la Convention n° 108¹⁶³, pour l'Union européenne, dans le cadre de la Charte Européenne des droits de l'Homme de 2000¹⁶⁴ et de la directive européenne 1995/46/CE relative à la protection des données¹⁶⁵ et, en ce qui concerne notre pays, par la loi du 8 décembre 1992 profondément revue en 1998¹⁶⁶ et par l'arrêté d'application de cette loi¹⁶⁷.

67. Avant d'approfondir, à la lumière de la loi du 8 décembre 1992, certaines questions relatives à l'application des règles de protection des données à l'administration publique, soulignons deux réflexions relatives aux

dispositions du Conseil de l'Europe et européennes que nous venons de citer et qui découlent des obligations positives de l'Etat.

La première tient à l'extension considérable donnée tant par la Convention n° 108 que par la directive à la protection au départ réservée à la seule vie privée. Sans doute, la notion avait-elle déjà au hasard de la jurisprudence strasbourgeoise explosé et n'était plus limitée au seul « droit à l'intimité » pour s'élargir au « droit d'engager librement des relations avec autrui »¹⁶⁸. Cela étant, la Convention 108 tout comme la directive vont bien au-delà de cette interprétation même extensive¹⁶⁹. C'est désormais toute donnée à caractère personnel dont le

¹⁶³ Convention n°108 du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, faite à Strasbourg, approuvée par la loi du 17 juin 1991

¹⁶⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, 18 décembre 2000, Déclaration 2000/C 364/01. La Charte européenne des droits fondamentaux distingue en ses articles 7 et 8 deux concepts qui, certes, peuvent se compléter et se recouper mais dont l'étendue n'est pas semblable. L'article 7 évoque dans l'esprit de la Convention de 1950, le respect de la vie privée et familiale du domicile et des communications. L'article 8 énonce le droit à la protection des données à caractère personnel, épingle les limitations au traitement en même temps que les droits subjectifs essentiels de la personne concernée et souligne le rôle de l'autorité indépendante dans le contrôle du respect de ces règles.

¹⁶⁵ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Pour un commentaire v. MH. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, Th. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU et Y. POULLET « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire », *J.T. dr. eur.*, 1997, pp. 121-127 (Partie 1), pp. 145-155 (Partie 2), pp. 173-179 (Partie 3) ; publié également in *Telecommunications and Broadcasting Networks under EC Law : the Protection Afforded to Consumers and Undertakings in the Information Society* (P. Nihoul ed.), Series of Publications by the Academy of European Law Trier, Vol. 27, Köln, Bundesanzeiger, 2000, pp. 131-183

¹⁶⁶ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993, modifiée successivement par les lois du 11 décembre 1998 (*M.B.*, 3 février 1998) et du 26 février 2003 (*M.B.*, 26 juin 2003). Pour un commentaire de cette loi, v. Th. LÉONARD et Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution : la loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 », *J.T.*, 1999, pp. 377 et s.

¹⁶⁷ Arrêté royal portant exécution de la loi du 8 décembre 1992, *M.B.*, 13 mars 2001. Pour un commentaire de cet arrêté, v. C. de TERWANGNE et S. LOUVEAUX, « Protection de la vie privée face au traitement de données à caractère personnel : le nouvel arrêté royal », *J.T.*, 2001, p. 457 et s.

¹⁶⁸ La vie privée apparaît ainsi comme un concept indéfini qui ne peut se définir que de manière négative et souple. Il s'agit d'informations certes mais au-delà, d'abord de lieux (le domicile) et de relations d'un type particulier (l'espace familial et la correspondance) dont la révélation à des tiers ou la mise sur la scène publique priveraient l'individu de l'espace suffisant pour pouvoir exprimer et forger sa propre personnalité et exercer ses libertés fondamentales. En d'autres termes, cette première génération de réglementation consacre la vie privée non comme une liberté en soi mais comme le minimum nécessaire à la protection de la dignité humaine et à l'exercice de libertés essentielles. Ce minimum varie et s'approfondit dans le temps. La vie privée est éminemment liée à des considérations culturelles et liée de ce fait à des valeurs changeantes et contingentes. Ainsi, on peut lire sous la plume du tribunal constitutionnel espagnol : « Une exposition prolongée à des niveaux déterminés de bruits qui, objectivement, sont inévitables et insupportables, mérite de tomber sous le coup de la protection du droit à l'intimité personnelle et familiale, dans le cadre du domicile, dans la mesure où ils empêchent ou rendent particulièrement difficile le libre développement de la personnalité ... ». La vie privée s'élargit ainsi au « droit à l'épanouissement » dans un environnement sain. Ce droit à l'épanouissement interdit par ailleurs de limiter la vie privée « à un 'cercle intime' où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables » (Cour EDH, affaire *Niemietz c. Allemagne*).

¹⁶⁹ Ainsi, dans l'affaire *Lundvall v. Sweden* ((1985) Cas 10473/83, 45 DR 121), la Commission européenne des droits de l'homme avait

traitement se voit soumis à des conditions et des limitations (principes de légitimité et de sécurité du traitement) en même temps qu'il ouvre à la personne concernée des droits subjectifs nouveaux (droit à être informé, droit d'accès, etc.). Cette évolution est consacrée par la Charte européenne des droits de l'Homme qui distingue nettement deux droits¹⁷⁰.

68. La seconde réflexion porte sur l'application de la directive aux traitements dits du secteur public. Si la loi belge qui transpose la directive s'applique bien à l'ensemble des traitements, une même extension de la directive au secteur public était plus douteuse dans la mesure où la directive est une directive « marché intérieur ». Depuis l'arrêt du 20 mai 2003¹⁷¹ de la Cour de Justice de Luxembourg, le doute n'est plus permis. La Cour affirme et répète l'applicabilité de la directive y compris dans le secteur public. Une interprétation contraire « *risquerait de rendre les limites du domaine d'application de la dite directive particulièrement incertaines et aléatoires, ce qui serait contraire à l'objectif essentiel de celle-ci qui est de rapprocher les dispositions législatives (...) des Etats membres* ... ». Cette prise de position est importante : elle oblige nos administrations à se référer dans l'examen de leurs projets d'administration électronique au respect intégral des prescrits de la directive et non de la seule réglementation belge.

7.2. *L'administration électronique face aux dispositions de la loi de 1992 relative à la protection des données à caractère personnel*

69. Sans prétendre à l'exhaustivité, il s'agit à présent d'identifier quelques questions clés liées au développement de l'e-gouvernement. La présente section suit l'ordre même de la loi. Les définitions de la loi de 1992 ne sont pas sans susciter quelques difficultés dans leur application au secteur public (7.2.1.). L'analyse des principes fondamentaux qui encadrent les traitements de données à caractère personnel mérite quelques développements au regard de certains traitements liés à l'administration électronique (7.2.2.). Quelques dispositions spécifiques éparses dans les lois qui entourent les développements les plus significatifs du gouvernement électronique précisent voire accroissent les droits de la personnes concernée vis-à-vis du responsable du traitement, en l'occurrence les droits du citoyen vis-à-vis de l'administration (7.2.3.). Enfin, la balance d'intérêts sur laquelle, selon la loi de 1992, peut veiller la Commission de la protection de la vie privée est, dans nombre de législations propres à l'administration électronique, soumise à un contrôle *a priori* d'un comité sectoriel (7.2.4.).

à se prononcer sur la publication dans un registre du nom de personnes en défaut de paiement d'impôts. La Commission note bien que l'art. 8.1. CEDH pourrait être applicable non du fait qu'il s'agit d'une donnée à caractère personnel mais à cause de l'impact que peut avoir la publication d'une telle information sur l'accès des personnes concernées au crédit et du fait que l'enregistrement était obligatoire. De même, dans la même affaire, l'utilisation par les autorités suédoises d'un numéro d'identification national n'est pas considérée comme relevant de soi d'une interférence avec la vie privée mais uniquement de par le contexte de cette utilisation et des risques de croisement de données. Le même raisonnement est tenu par la Commission EDH dans les affaires ((1991) Cas 14461/88, 71 DR 141) et *X. C. Royaume-Uni* ((1982) Cas 2702/82, 30, DR 239). L'interférence soumise aux conditions de l'article 8.2. ne vient pas du fait que le traitement porte sur des données à caractère personnel mais du contexte de leur utilisation qui rend celle-ci dangereuse pour la vie privée et justifie des restrictions à leur traitement.

¹⁷⁰ Cette distinction des deux droits par la Charte européenne qui est désormais intégrée dans le Traité du 24 octobre 2004 établissant une Constitution pour l'Europe pourrait soulever des interrogations sur le champ d'application de l'article 22 de la Constitution belge qui concerne la vie privée. Faut-il limiter la protection constitutionnelle aux seuls traitements qui relèvent de la vie privée ou l'étendre également à l'ensemble des traitements à caractère personnel ? Nous penchons pour l'extension dans la mesure où la révision constitutionnelle visait clairement à donner à la loi de 1992 un fondement constitutionnel. Sur cette (r) évolution que constitue la Charte européenne, v. Y. POULLET, « Vers une troisième génération de réglementation de protection des données », *Actes de la 27ème Conférence internationale des commissaires à la protection des données*, Montreux, Septembre 2005, paru in *Jusletter*, 10 octobre 2005.

¹⁷¹ CJCE, arrêt du 20 mai 2003, *Osterreichischer Rundfunk e.a.*, C 465/00 – C 138/01 et C 139/01. Pour un commentaire de cet arrêt, C. DE TERWANGNE, « Affaire Lindqvist ou quand la Cour de Justice des Communautés européennes prend position en matière de protection des données personnelles », *RDTI*, 2004, n° 19, pp. 81 et s.

7.2.1. Les définitions

A. L'objet : la donnée à caractère personnel

70. L'application de la loi de 1992 tout comme celle de la directive est subordonnée à l'existence d'un traitement de données à caractère personnel. Cette dernière notion amène à deux précisions : la première a trait à l'utilisation fréquente par les administrations de « données codées » ; la seconde, à leur recours à des identifiants dits uniques.

La donnée « codée » est définie par l'article 1 3° de l'arrêté royal du 13 février 2001¹⁷² comme « la donnée à caractère personnel qui ne peut être mise en relation avec une personne identifiée ou identifiable que par l'intermédiaire d'un code ». Ainsi, dans de nombreuses applications statistiques ou d'aides à la définition de la politique gouvernementale mais également au-delà¹⁷³, l'administration recourt à l'utilisation de données qui ne révèlent pas directement l'identité de la personne concernée.

L'arrêté royal rappelle à juste titre que selon l'interprétation de la loi de 1992, la donnée codée reste une donnée à caractère personnel¹⁷⁴ même lorsque le

« code », la clé qui permettra de relier la donnée à une personne déterminée, est détenu par un tiers¹⁷⁵. Dès lors s'appliquent pleinement les dispositions de la loi de 1992 voire, si le traitement des données est un traitement dit ultérieur et sert à des fins historiques, statistiques ou scientifiques, celles complémentaires de l'arrêté royal déjà cité.

71. La donnée « numéro d'identification du registre national » est incontestablement une donnée à caractère personnel. Son caractère d'identifiant unique, en particulier en Belgique où, contrairement à la plupart des autres pays européens¹⁷⁶, il n'existe pas d'identifiants sectoriels, justifie la mise en œuvre des mesures particulières proposées par l'article 20 de la directive européenne 95/46/CE. Cet article impose des contrôles préalables à la mise en œuvre de traitements susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées¹⁷⁷. Dès 1996, à propos de la carte de sécurité sociale et de l'inscription en clair du numéro de registre national sur cette carte¹⁷⁸, un débat parlementaire était réclamé par la Commission de protection de la

¹⁷² AR 13 février 2001 portant exécution de la loi du 8 décembre 1992, *M.B.*, 13 mars 2001.

¹⁷³ Nous pensons en particulier aux opérations dites de « Data mining », qui à partir des vastes banques de données, permettent par des corrélations données de définir des « profils » d'administrés, par exemple des personnes susceptibles de frauder l'impôt.

¹⁷⁴ Cf. à cet égard, la décision du Conseil d'Etat du 26 janvier 2000 (*Revue dr. de la Santé*, 2000-2001, p. 285, note S. CALLENS) relative au résumé psychiatrique minimum. Les requérants soutenaient que la seule absence de toute référence personnelle ou l'absence de mention du numéro d'identification ne pouvaient suffire pour que la loi qualifie ces données de données anonymes et les soustraie à l'application de la loi de 1992. Le Conseil d'Etat leur donne raison.

¹⁷⁵ Conformément au considérant 26 de la directive européenne qui stipule que même si celui qui traite les données codées ne peut retrouver l'identité de la personne concernée par ses moyens propres, la donnée codée reste dans son chef une donnée à caractère personnel si une autre personne peut procéder au décodage. On sait que sur ce point, l'avis plus laxiste de la Commission de la protection de la vie privée (Avis 30/96 du 13 novembre 1996 sur l'avant-projet de loi) ne fut pas suivi par le Gouvernement ni par le Parlement.

¹⁷⁶ Cf. sur ce point, le très intéressant « Document de travail sur l'administration électronique », Groupe de travail de l'art. 29, 8 mai 2003, WP 73 disponible sur le site de la Commission européenne.

¹⁷⁷ Cette disposition européenne est traduite maladroitement par l'article 17 bis de notre loi qui prévoit que « Le Roi détermine, après avis de la Commission de la protection de la vie privée, les catégories de traitement qui présentent des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées, et fixe [...] des conditions particulières pour garantir les droits et libertés des personnes concernées ». La disposition insérée entre la disposition relative à l'obligation de déclaration et celle relative au registre public pourrait sous-entendre que le Roi doit limiter son intervention à requérir des compléments de déclaration (et à la nomination d'un préposé conformément à l'alinéa 2 de cet article), ce qui est largement insuffisant et ne correspond pas à la volonté du législateur européen qui réclame des garanties de tout type et surtout un débat si possible public par rapport à ces traitements dits à hauts risques.

¹⁷⁸ Avis n° 19/2002 sur la réforme du registre national, 10 juin 2002 (rapporteur Y. POULLET) disponible sur le site de la Commission de la protection de la vie privée : « Plus fondamentalement, la Commission constate que, si l'adresse n'est plus visible à l'œil nu sur la carte (seulement en lecture électronique), la carte reprend désormais de manière visible des données nouvelles, en particulier le numéro d'identification du registre national, au motif que celui-ci est déjà repris sur la carte SIS et surtout que son utilisation est désormais libre. La mention du numéro de registre national "à l'extérieur" de la carte est inévitable, puisque ce numéro doit être utilisé, sous certaines conditions, par le titulaire de la carte en relation avec certaines institutions autorisées à utiliser le numéro de registre national. Afin d'éviter que le numéro de registre national soit communiqué à des instances qui n'ont pas le droit de l'utiliser, il est nécessaire de réserver

vie privée¹⁷⁹. Ce débat n'a jamais eu lieu et la loi du 25 mars 2003 qui réforme la loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques fait figurer le numéro de registre national sur la carte d'identité tant de manière visible que lisible par lecture, sans s'interroger sur les risques de diffusion de ce numéro bien au-delà des seules personnes autorisées à l'utiliser. Pour cette raison, récemment, à propos d'un avant-projet de loi sur la télématique médicale¹⁸⁰, le Ministre de la Santé publique a proposé la création pour le secteur de la santé et ses applications d'un identifiant séparé et ce afin de cloisonner les traitements de données de santé des autres traitements¹⁸¹.

72. La création d'un identifiant « Entreprises » par la loi du 16 janvier 2003¹⁸² nous amène à rappeler que l'identifiant et le registre qui l'entoure sont bien des données à caractère personnel dans la mesure où ils renvoient, directement ou indirectement, aux personnes physiques qui administrent les « entreprises » ou les gèrent en leur nom propre ou au nom d'une société. En outre, la loi prévoit en son article 11 que l'identifiant « entreprises » doit obligatoirement être utilisé par l'entreprise dans ses

contacts avec l'administration et surtout doit servir de clé d'accès pour les administrations aux répertoires et fichiers automatisés qu'elles gèrent. De telles dispositions, à la fois, banalisent le numéro d'identification et accroissent les risques d'interconnexion.

73. L'article 20 de cette loi évoque la question de la commercialisation de certaines données du registre des entreprises, et ce au vu de leur caractère public. Cette commercialisation (ou diffusion) est soumise à arrêté royal pris après avis du comité de surveillance de la Banque-Carrefour des entreprises. Une telle disposition permet de rappeler que le simple fait de la publicité légale réglementaire ou volontaire d'une donnée à caractère personnel n'a pas pour conséquence de sortir cette donnée du champ d'application de la loi de 1992¹⁸³.

On distinguera de ces données rendues publiques, les données relatives à une décision juridictionnelle¹⁸⁴. Le principe de la publicité des audiences ou du rôle tenu par le greffe n'équivaut pas à un droit des particuliers d'exiger la communication de ces données ni même à un devoir de publier ces données de manière nominative.

L'utilisation de la carte d'identité électronique aux instances qui disposent bien de ce droit. D'une manière générale, la Commission invite le législateur à se pencher avec attention sur l'impact de la modification des mentions visibles sur la carte d'identité électronique. Elle rappelle qu'à propos de la mention du numéro d'identification sur la carte SIS elle avait souhaité dans l'avis d'initiative pris à l'époque (avis n° 12/97 du 30 avril 1997) un large débat sur cette mention. Elle constate que ce débat n'a pas eu lieu et souhaite attirer l'attention du Parlement sur les enjeux d'une telle libéralisation de l'utilisation du numéro. »

¹⁷⁹ Ce débat a eu lieu dans les pays qui nous entourent. Ainsi, aux Pays-Bas, où le projet d'identifiant unique a été abandonné au profit des identifiants sectoriels et en France où le Forum des droits sur l'Internet a été chargé d'animer un débat national sur la carte d'identité électronique (voir à cet égard, le site du Forum : <http://www.foruminternet.org>)

¹⁸⁰ L'avant-projet est sur le site du Ministère de la santé publique : <http://www.health.fgov.be>

¹⁸¹ A noter sur cette question des identifiants uniques, la réflexion de la CPVP dans son avis sur la réforme du registre national (Avis n° 19/2002, 10 juin 2002, rapporteur Y. POULLET) : « Au-delà de cette première remarque, la Commission s'interroge sur la nécessité de prévoir des numéros sectoriels pour des données sensibles. Lors de son récent avis à propos de l'arrêté royal fixant les normes auxquelles doivent répondre le programme de soins pour les soins oncologiques et le programme de santé en matière d'oncologie (avis n° 14/2002) du 8 avril 2002, la Commission a prôné pour les données de santé l'utilisation d'un numéro de santé distinct de celui de sécurité sociale et ce afin de garantir une certaine étanchéité des circuits d'informations entre les deux types de données. Cet avis s'inscrit dans la volonté gouvernementale (Cf. déclaration des Ministres Vandenbroecke et Alvoet) de prévoir un "Patient Identification Number" distinct du numéro de sécurité sociale. On pourrait de même dans le secteur des données judiciaires et de police prévoir l'obligation d'utilisation de numéros distincts. En d'autres termes, le projet devrait prévoir que pour des secteurs particuliers utilisant des données sensibles, l'utilisation de numéros spécifiques et des règles d'accès particulières soient imposées. »

¹⁸² Loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-carrefour des entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions, M.B. 5 février, 2003.

¹⁸³ Même si le législateur décrète impose cette publication, sa décision reste soumise à un contrôle de proportionnalité, comme le rappelle l'arrêt de la Cour d'arbitrage à propos du décret de la Communauté flamande relatif à la publication des sportifs dopés (arrêt cité supra, n° 11, note 153).

¹⁸⁴ Sur cette distinction, v. les réflexions de C. DE TERWANGNE, « Diffusion de la jurisprudence via Internet dans les pays de l'union européenne et règles applicables aux données européennes », *Petites Affiches*, 2005, n° 194, pp. 40 et s.

B. L'acteur : le responsable du traitement ou le sous traitant

74. L'article 1^{er} § 4, de la loi du 8 décembre 1992 précise que « *lorsque les finalités et les moyens sont déterminés par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, le responsable de traitement est la personne physique, la personne morale, l'association de fait ou l'administration publique désignée comme responsable du traitement par ou en vertu de cette loi, de ce décret ou de cette ordonnance* ».

L'application de cet article dans le cadre des traitements de l'administration suscite quelques difficultés. Doit-on considérer que l'Etat est l'unique responsable (L'Etat fédéral, la Région, la Communauté) de l'ensemble des traitements ou faut-il au contraire considérer que c'est au sein de l'Etat une administration particulière voire un département de cette administration qui est responsable ? La première solution a l'avantage de la simplicité : la seule personne morale responsable devant les cours et tribunaux est l'Etat. Par ailleurs, ne sont-ce pas la loi, le décret ou l'ordonnance qui ont à définir, dans les grandes lignes certes, les finalités et les moyens de traitement de l'information ? Un tel raisonnement fait fi cependant de l'objectif de la loi : avoir un responsable qui est en charge de certains devoirs concrets, en particulier de sécurité des traitements. Cela exige que celui-ci soit défini de manière précise.

Par ailleurs, la détermination du responsable permet, selon le même article 1^{er}, § 6, cette fois, de préciser la notion de tiers : « *Par tiers, on entend la personne physique ou morale, l'association de fait ou l'administration publique, autre que la personne concernée, le responsable du traitement, le sous traitant et les personnes qui placées sous l'autorité directe du responsable du traitement, est habilitée à traiter les données.* »

En d'autres termes, si l'Etat est désigné comme responsable, aucune administration ne pourra, au sein de cet Etat, être considérée comme tiers. Cette double raison plaide pour une autre lecture de l'article 1 § 4 de la loi. « Lorsque les finalités et les moyens du traitement sont déterminés par ou en vertu d'une loi d'un décret ou d'une ordonnance », la loi, le décret ou l'ordonnance

doivent désigner de la manière la plus précise l'administration responsable.

75. La notion de « sous-traitant » définie par l'article 1^{er}, § 5¹⁸⁵ est intéressante alors même que se multiplient les opérations de « outsourcing » à l'intérieur ou à l'extérieur de l'administration.

Ainsi, l'administration est dans bien des cas amenée à confier à des entreprises privées ou à certains départements la gestion de telle ou telle base de données, ou certaines opérations comme la mise à disposition d'un centre serveur, un service de tiers de confiance ou simplement la réalisation de sauvegarde de fichiers. On rappellera que dans de tels cas, l'article 16, § 1^{er} impose au responsable du traitement certaines obligations dans le choix du sous-traitant, la conclusion d'un contrat et la définition précise des missions à accomplir par ce tiers à l'exclusion de tout traitement que ce dernier réaliserait pour lui-même.

7.2.2. Les principes limitant les traitements de l'administration

76. L'article 4 de la loi de 1992 établit nombre de principes : la loyauté, la légitimité, la compatibilité et la proportionnalité des traitements. L'article 16 ajoute celui de la sécurité. Sans doute, eût-il été utile, à l'instar des principes développés dans la loi allemande à propos des traitements du secteur public¹⁸⁶, d'en ajouter d'autres. On évoque ainsi le principe de minimisation qui prescrit de réduire au maximum le prélèvement des données. Par exemple, si une commune souhaite accorder des réductions de taxe communales à certains citoyens au revenu modeste, point n'est besoin de fournir les revenus précis des citoyens bénéficiaires. Une simple liste des personnes, sans mention du niveau exact de revenu, suffit. Le cloisonnement sectoriel des administrations (principe dit de « séparation fonctionnelle ») qui ne peut être levé que dans la mesure où la perte d'efficacité entraînée par une nouvelle collecte et l'intérêt général dûment motivé autorisent les flux entre secteurs différents de l'administration¹⁸⁷, mérite d'être également épingle.

¹⁸⁵ « *Par sous-traitant, on entend la personne physique ou morale, l'association de fait ou l'administration publique, autre que la personne concernée, qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement et est autre que la personne qui, placée sous l'autorité directe du responsable du traitement, est habilitée à traiter les données.* »

¹⁸⁶ La loi allemande dans sa version ancienne comme dans sa version modifiée suite à la transposition de la directive (Loi du 23 mai 2001, publié au B.GBl., I. 2003. 8.66) contient un chapitre particulier consacré aux traitements du secteur public (Cf. chapitre 2, §§ 12 à 18). Sur les principes de cette loi, v. les commentaires de TINNEFELD et EHMAN, *Einführung in das Datenschutzrecht*, Oldenburg, 2^{ème} éd., 1994, p. 163 et s..

¹⁸⁷ Sur ce principe, v. K. BEUCHER, L.LEYENDECKER, O.von ROSENBERG, *Mediengesetz*, 1999, p. 583 et s.

Sur les seuls principes retenus par le droit belge, nous nous contenterons de relever quelques questions soulevées par l'administration électronique et soulignerons quelques solutions hardies proposées par notre législateur.

Une première question porte indéniablement sur la difficulté de plus en plus grande de déterminer les finalités d'utilisation des données. L'évolution des technologies tant de communication que de traitement est telle qu'à tout moment la donnée collectée pour une finalité précise peut apparaître nécessaire dans un tout autre contexte pour une finalité différente. Ainsi, la donnée cadastrale sert bien évidemment à l'application des lois fiscales mais demain pourra être utile dans le cadre d'un contrôle fiscal voire pour dépister une fraude à la sécurité sociale. Ce simple exemple nous amène à suggérer quelques réflexions : la base légale ou réglementaire qui préside à la création des fichiers de données doit préciser clairement et explicitement leurs finalités d'utilisation, en particulier distinguer les finalités liées à la gestion d'une compétence administrative et celles propres au contrôle du respect d'une législation, en distinguant les contrôles opérés par l'administration qui collecte l'information et ceux effectués, le cas échéant par d'autres administrations¹⁸⁸. Ce principe de précision des finalités a été rappelé à propos de la transmission par la DIV des fichiers d'immatriculation automobile à la FEBIAC dans la mesure où cette transmission de données nominatives excédait les finalités prévues par la loi créant ce fichier¹⁸⁹.

Sans doute, faut-il admettre la légitimité de traite-

ments ultérieurs non prévus au départ. L'article 4, § 1^{er}, 2°, de la loi de 1992 l'autorise à condition qu'il y ait compatibilité du traitement ultérieur envisagé avec celui de départ. L'appréciation de cette compatibilité tient compte, dit le texte, « de tous les facteurs pertinents, notamment des prévisions raisonnables de l'intéressé et des dispositions légales et réglementaires applicables ». À ce propos, il apparaîtrait difficile de légitimer le droit de l'inspection fiscale d'avoir accès de manière électronique à toutes les données disponibles dans les administrations du Royaume, au simple motif du droit du fisc à obtenir des informations complémentaires pour assurer la juste perception de l'impôt¹⁹⁰.

Cette conclusion semble évidente dans la mesure où les finalités d'un traitement doivent, selon le prescrit même de l'article 4, être explicites et déterminées¹⁹¹. Ainsi, la personne concernée sur qui l'information est collectée doit pouvoir raisonnablement envisager, à la lecture des réglementations et des informations qui lui sont prodiguées, les usages qui seront opérés à propos ou à partir de ces données personnelles ...

77. L'existence d'un traitement doit être proportionnée à la finalité poursuivie. L'exigence est souvent rappelée à bon droit par la Commission de la protection des données. Elle signifie qu'il importe que l'administration à la fois vérifie si le même résultat ne peut être obtenu par des moyens moins attentatoires à la protection de la vie privée¹⁹² et garde une juste mesure entre l'objectif à atteindre et l'ampleur des traitements mis en place.

¹⁸⁸ Ainsi, si l'administration fiscale devait transmettre des informations à caractère personnel à l'administration de la sécurité sociale pour contrôler le respect des prescrits de sécurité sociale et détecter les éventuelles fraudes.

¹⁸⁹ En particulier, Prés. Trib. Comm., 20 mars 1995, *Rev. dr. comm.b.*, 1997, p. 40.

¹⁹⁰ L'article 336 du C.I.R. qui prescrit que "tout renseignement ... découvert ou obtenu dans l'exercice de ses fonctions, par un agent de l'administration fiscale" ne peut signifier un devoir général des administrations fiscales et a fortiori autres d'échanger des informations. Ces échanges doivent s'opérer dans le cadre strict de la loi de 1992.

¹⁹¹ Cf. à ce propos, la décision du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 20 mars 1995 qui précise les finalités du registre des immatriculations automobiles. « Selon le tribunal, la légalité n'est pas respectée lorsqu'un traitement, en l'espèce la communication des fichiers de l'administration des transports, à un opérateur économique, est décidée par le ministre, sans délégation de compétences par la loi. Quant à la proportionnalité, elle n'existe pas à défaut d'existence d'un problème précis de sécurité risquant d'affecter les véhicules de la marque. Les exigences de sécurité qui légitimeraient l'utilisation par Mercedes d'un tel traitement ne peuvent justifier ce qui, de toute évidence, constitue une opération de marketing. » (voir J.-P. BUYLE, V. WILLEMS, Y. POULLET, « Le droit de l'informatique : chronique de jurisprudence », *J.T.*, 1996, p. 232). D'autres décisions y sont citées. Pour un autre cas d'application, v. l'avis de la Commission relatif au système Phénix déjà cité : « A propos de la première finalité, « communication interne et externe requise par le fonctionnement de la justice », on note que cette mention est peu spécifique et couvre toutes les applications tant d'une administration que d'une entreprise. Le tableau annexé déjà cité, par lequel les auteurs du texte précisent chacune des finalités, n'envisage comme communications que les seules opérations ou actes de procédure qui marquent les diverses étapes de celle-ci. Ces communications correspondent certes à un traitement avec une finalité propre : « introduction et suivi d'un dossier » mais à cette première finalité, s'en ajoutent d'autres sous la rubrique large : « communications internes et externes. »

¹⁹² Ainsi, dans son avis du 15 mai 2004 relatif aux mesures d'exécution prises par le gouvernement flamand suite à un décret flamand du

Ainsi, l'examen de la légalité du traitement ne dispense pas d'autres examens, ceux de légitimité et de proportionnalité. Un traitement dans l'administration non seulement doit disposer d'une base légale mais en outre doit être conforme au but poursuivi par cette loi et ne pas être disproportionné par rapport à celui-ci. C'est l'enseignement majeur d'une décision de la Cour d'arbitrage du 18 février 1993¹⁹³. En l'occurrence, il s'agissait de savoir si la communication par écrit à la commune du nom des ménages qui ont fait l'objet d'un placement d'un limiteur de consommation électrique, portait atteinte à la vie privée des personnes concernées. La Cour estime, après avoir noté qu'une telle information est bien relative à la vie privée du ménage,

- que « *parmi les droits et libertés garantis par les articles 6 et 6bis de la Constitution figurent bien les droits et libertés résultant de dispositions conventionnelles internationales liant la Belgique et rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment. Il en est ainsi à tout le moins des droits et libertés résultant de dispositions ayant effet direct, ce qui est le cas de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 17 du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques* » ;
- que « *toutefois, cette ingérence dans la vie privée est prévue par une loi au sens de l'article de la Convention européenne. Elle n'est qu'une modalité d'un ensemble de mesures qui, en interdisant les coupures de courant, visent à protéger la santé d'une catégorie de personnes.*

Ainsi placée dans l'ensemble de l'ordonnance, la mesure est conforme au but poursuivi et elle n'est pas disproportionnée à celui-ci. Elle est d'ailleurs indispensable à un autre objectif, qui est l'objet de l'article 6 de l'ordonnance dès lors qu'il s'agit d'accorder une protection particulière à une catégorie de personnes qui excède des bénéficiaires du minimum et qu'il n'est donc pas possible, ainsi que le relève l'exposé des motifs, « d'obliger les communes à impliquer les

CPAS dans cette question ». La mission d'accompagnement que les communes doivent confier à l'organisme visé à l'article 6 suppose que celles-ci connaissent l'identité des personnes protégées. Il est exclu que cette divulgation puisse faire l'objet d'une quelconque publicité ; les personnes qui recevront l'information sont par ailleurs tenues au secret professionnel ».

Cette même exigence de proportionnalité se conçoit également à propos cette fois du *contenu* des traitements. Il importe, ajoute l'article 4, que le traitement légitime n'opère que sur des données « adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont obtenues et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement ». On citera en ce sens quelques dispositions légales qui rappellent ce devoir.

78. L'obligation de sécurité prescrite par l'article 16 de la loi de 1992 reçoit dans le secteur public une attention particulière¹⁹⁴. A l'occasion de lois spécifiques, selon le modèle déjà en vigueur dans le secteur de la sécurité sociale¹⁹⁵, se multiplient les obligations pour les administrations de nommer un conseiller en sécurité ou consultant en sécurité et en protection des données.

Ainsi, selon l'article 10 de la loi sur le registre national, chaque autorité publique, organisme public ou privé qui a obtenu l'accès aux informations du registre national ou la communication desdites informations désigne, au sein ou en dehors de son personnel, un consultant en sécurité de l'information et en protection de la vie privée qui remplit entre autres la fonction de préposé à la protection des données visé à l'article 17 bis de la loi du 8 décembre 1992. L'identité du consultant en sécurité de l'information et en protection de la vie privée est communiquée au comité sectoriel du registre national visé à l'article 15. Cette communication n'est pas exigée si elle doit être faite par un autre comité sectoriel par ou en vertu d'une autre loi, décret ou ordonnance.

Sans doute est-il regrettable que les missions et le

8 mai 2002 visant à une meilleure rencontre de l'offre et de la demande sur le marché de l'emploi et de la transmission et de l'enregistrement à cette occasion de données relatives à l'âge, à l'origine ethnique, au diplôme, etc. des demandeurs d'emploi, la Commission de la protection de la vie privée (*Rapport*, 2004, p. 45) analyse la pertinence des enregistrements et méthodes de traitement suivis par rapport aux finalités précises poursuivies par le décret, pour conclure au respect de la loi

¹⁹³ C.A. arrêt 14/93, 18 février 1993, *Arrêts CA*, 1993, p. 153 et s., *R.W.*, 1992-1993, n° 1265.

¹⁹⁴ On notera cette réflexion déjà ancienne de la Commission de la protection de la vie privée à propos des cartes de stationnement pour handicapés (*Rapport*, 1996) : « *La proposition de la Commission était de mentionner les données à caractère personnel au verso de la carte. De cette manière, un contrôle de l'identité du conducteur reste possible pour les autorités compétentes, tandis qu'on évite une diffusion inutile des données à tous les piétons qui longent le véhicule concerné.* ». Bien d'autres exemples pourraient être cités parmi les avis de la Commission.

¹⁹⁵ Cf. à cet égard, l'article 24 de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque Carrefour de la sécurité sociale, article revu par la loi du 6 août 1993 (cf. également les points 7° et 8° de l'art. 46 de la même loi).

statut de ces conseillers n'aient pas été précisés. Pour rappel, l'article 17 bis de la loi de 1992, sur le modèle allemand¹⁹⁶, et encouragé par la Commission européenne, plaide pour la mise en place de « préposés à la protection des données » nommés par le responsable du traitement et « chargés d'assurer, d'une manière indépendante, l'application de la présente loi ainsi que de ses mesures d'exécution ». Un arrêté royal devait être pris à cet égard. On regrettera sur ce point le silence du Roi.

La législation sur la Banque-Carrefour de la sécurité sociale contient une disposition dont l'intérêt est manifeste pour les banques de données du secteur public. Elle subordonne l'accès aux données sociales contenues dans les banques automatisées de données sociales à l'utilisation d'un code individuel d'accès et de compétence. L'utilisation d'un outil de signature électronique¹⁹⁷ lié à un certificat spécifiant l'attribut de compétence de chaque fonctionnaire pourrait être favorisée. Elle permettrait par la conservation des log in d'accès, de tracer les flux entrants et sortants des bases de données de l'administration.

On note enfin, le recours fréquent du législateur¹⁹⁸ à la notion de « secret professionnel », ce qui permet de sanctionner sur le plan pénal toute utilisation illégitime des données.

7.2.3. Les droits de la personne concernée

79. Les lois dites de protection des données confèrent aux personnes concernées des droits subjectifs nouveaux dont l'objectif est d'assurer un certain contrôle de l'exercice par les responsables de traitement du respect des prescrits légaux et de la qualité des données traitées.

Cet objectif explique l'obligation des responsables de traitement d'informer la personne concernée et de lui offrir un droit d'accès voire un droit de rectifier, compléter ou supprimer telle ou telle donnée.

80. L'administration électronique permet de donner à ces différents droits leur pleine signification voire de les étendre¹⁹⁹. Ainsi, la collecte de données via des formulaires électroniques devrait s'accompagner d'une possibilité pour le citoyen de savoir précisément quelles données doivent obligatoirement être fournies. Des pages Web facilement accessibles et téléchargeables doivent indiquer les finalités précises de la collecte, auprès de quelles autres administrations seront collectées les autres données nécessaires pour le dossier, la personne de contact désignée par l'administration pour répondre aux interrogations éventuelles. La même page précisera les destinataires potentiels des informations collectées voire la base réglementaire des transmissions.

En matière de droit d'accès, on suggérera que celui-ci puisse être exercé électroniquement, qu'il s'étende à une information sur l'origine des données, sur la logique utilisée par l'administration pour prendre sa décision voire à la liste des personnes qui ont eu accès à la donnée en cause.

Les lois récentes prises sur certaines applications de l'administration électronique élargissent encore le propos.

Ainsi, le citoyen doit avoir accès en lecture au contenu de sa carte d'identité et tant la loi sur le Registre national que celle sur la Banque-Carrefour des entreprises exige que le Comité sectoriel en charge du contrôle de ces institutions dresse un cadastre des flux entrants et sor-

¹⁹⁶ Cf. sur l'étude du système allemand du « *Datenschutzbeauftragte* », les commentaires de TINNEFELD et EHMANN, *op.cit.*, p. 224 et s.

¹⁹⁷ Cet outil peut être celui présent sur la carte d'identité électronique. On note à cet égard un avis récent de la Commission pour la protection de la vie privée du 24 mai 2006 (Avis n° 18/2006) à propos du projet Phenix qui recommande que l'accès (à des bases de données publiques) ne soit ouvert qu'à l'issue d'un processus d'authentification sûr qui peut, suivant la volonté de l'agent, être différent de celui offert par l'utilisation de la carte d'identité qui l'agent peut légitimement souhaiter réserver à des utilisations de citoyens et non professionnelles.

¹⁹⁸ Ainsi, l'article 28 de la loi sur la Banque Carrefour de la sécurité sociale, l'article 11 de la loi sur le Registre national.

¹⁹⁹ Vis-à-vis des administrations, le droit à la transparence consacré par les législations de type « Freedom of Information Act » ajoute encore quelques obligations d'information à charge de l'administration vis-à-vis du citoyen. Récemment, une commission suédoise a recommandé l'adoption d'une législation qui garantit le droit pour le citoyen de suivre électroniquement l'avancement de son dossier depuis la naissance de celui-ci jusqu'à et y compris son archivage et l'obligation pour l'administration d'adopter une « good public access structure » permettant à l'individu de retrouver et de localiser plus facilement un document spécifique. Une proposition de loi proposerait même que les documents officiels qui sont à la base d'une décision puissent d'une manière ou l'autre être liés aux autres documents relatifs au cas. A une administration plus efficace grâce à la technologie, doit répondre une administration plus transparente et plus accessible pour les citoyens. L'accès du citoyen s'entend non seulement de l'accès aux données le concernant mais également aux textes réglementaires qui ont déterminé la décision de l'administration.

tants de ces bases de données, cadastre auquel le citoyen doit avoir accès²⁰⁰.

L'ensemble de ces prescrits et propositions s'inspire d'un principe : celui de la réciprocité des avantages²⁰¹. Il est légitime que, dans le même temps où l'administration dispose, grâce à l'électronique, d'une efficacité accrue, elle utilise ce même outil pour améliorer la transparence de son fonctionnement vis-à-vis des citoyens.

7.2.4. *L'institution de contrôle : les Comités sectoriels au-delà de la Commission de la protection de la vie privée*

81. L'article 31 *bis* de la loi de 1992, tel qu'introduit par la loi du 26 février 2003, institue la possibilité de création, au sein de la Commission de la protection de la vie privée, de comités sectoriels compétents pour instruire et statuer à propos de demandes relatives aux traitements ou aux communications de données faisant l'objet de législations particulières. Ainsi, sur le modèle du comité de sur-

veillance de la Banque-Carrefour de la sécurité sociale²⁰², ont été créés les comités sectoriels du Registre national²⁰³, de la Banque-Carrefour des entreprises²⁰⁴, de l'autorité fédérale²⁰⁵ et le comité de surveillance dans le secteur judiciaire dans le cadre du projet Phénix²⁰⁶. S'ajouteront sans doute, des comités de surveillance, en matières statistiques et fiscales²⁰⁷.

Chaque comité sectoriel est sauf exceptions composé paritairement de trois membres de la Commission ainsi que de trois membres externes désignés par la Chambre des représentants.

Il dispose, alors que la Commission ne se voit gratifiée que d'un pouvoir d'avis ou de recommandation, d'un pouvoir d'autorisation en ce qui concerne certains flux. La protection à l'égard de ce pouvoir d'autorisation des destinataires des (refus d')autorisations pose question, dès lors que la possibilité d'introduire un recours au Conseil d'Etat est discutable et qu'aucun autre recours n'est organisé par une disposition particulière.²⁰⁸

82. Les avantages du système sont connus : la compo-

²⁰⁰ Article 12, §1^{er} de la loi sur le Registre national telle que modifiée par la loi du 25 mars 2003 (*M.B.*, 30 juin 2003) ; article 29 alinéa 3 de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des entreprises,...(*M.B.* 5 février 2003).

²⁰¹ Sur ce principe, v. nos réflexions in *Mieux sensibiliser les personnes concernées, les rendre acteurs de leur propre protection*, Rapport établi pour la conférence du Conseil de l'Europe, organisée à Prague, les 14 et 15 octobre 2004; Droit de l'immatériel, *Revue Lamy*, mai 2005, p. 47 et s. « *Ce principe pourrait s'exprimer comme suit : le législateur entend, chaque fois, que cela est possible, mettre à charge de celui qui utilise la technologie aux fins de développer ses activités professionnelles, certaines obligations supplémentaires qui permettent de rétablir l'équilibre traditionnel des parties en présence. La justification du principe est simple, si la technologie accroît les capacités de collecte, de traitement, de communication des informations relatives à autrui, si la technologie facilite la conclusion de transactions ou d'opérations administratives, il est indispensable que cette même technologie soit configurée et utilisée de manière telle que la personne concernée, l'administré, le consommateur, bref le fiché, puisse bénéficier dans une mesure « proportionnée » des avantages de la technologie.* »

²⁰² Ce comité de surveillance transformé en Comité sectoriel de la sécurité sociale par la loi du 26 février 2003 (*M.B.*, 26 juin 2003) qui introduit un article 31bis dans la loi du 8 décembre 1992, s'est vu récemment, par la loi du 1^{er} mars 2007 (*M.B.*, 14 mars 2007), rebaptisé en "Comité sectoriel de la sécurité sociale en de la santé" et voit ses compétences élargies au domaine de la santé. Sur cette transformation et cette extension, Y. POULLET, "Construire un cadre juridique pour l'e-Health, article à paraître.

²⁰³ Loi du 25 mars 2003, art. 12 (*M.B.* 28 mars 2003).

²⁰⁴ Art. 27 de la loi du 16 janvier 2003

²⁰⁵ créé par l'article 36bis de la loi du 8 décembre 1992 telle que modifiée par la loi du 26 février 2003.

²⁰⁶ Il s'agit du comité de surveillance sectoriel Phénix créé par la loi du 10 août 2005 instituant le système d'information Phénix (*M.B.*, 1^{er} septembre 2005).

²⁰⁷ On pourrait également songer à des comités sectoriels au niveau régional et communautaire voire locaux.

²⁰⁸ En effet, même si ces comités sectoriels - dans la mesure de l'exercice de leurs pouvoirs de décision - constituent des « autorités », dès lors que « leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics et qu'elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers... » (Sur ces critères, lire D. DE ROY, « Etre ou ne pas être une autorité administrative », *Droit communal*, 2002/2, p. 200 et s. et F. VANDENDRIESSCHE, « De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten Gimvindus en BATC van het hof van Cassatie », *R. W.*, 2000, p. 497 et s.), la proximité de la Commission de protection de la vie privée (au sein de laquelle sont institués ces comités sectoriels) avec la Chambre des représentants, organe du pouvoir législatif, pourrait exclure, dans le chef de ces comités, toute reconnaissance de la qualité d' "autorité administrative" (au sens de l'art. 14, al. 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat) conditionnant la compétence d'annulation du Conseil d'Etat.

tion paritaire des comités permet une meilleure spécialisation voire expertise des membres, une meilleure connaissance des besoins de l'administration et surtout un contrôle plus effectif des flux en question. L'intervention *a priori* de ces comités permet une meilleure protection des citoyens.

On relèvera avec D. DE BOT²⁰⁹ qu'il est cependant à craindre que la proximité du terrain favorise en définitive une plus grande complicité avec les administrations chargées par ailleurs d'instruire le dossier. Par ailleurs, la multiplication des comités sectoriels peut amener, outre une dilution des responsabilités, une diversité des jurisprudences. On ajoutera que la multiplication des flux entre administrations relevant de comités sectoriels distincts entraînera de délicats problèmes de partage des compétences entre les différents comités sectoriels. Enfin, il n'est pas évident qu'une vue globale et la définition de principes généraux valables pour l'ensemble de l'administration publique soient encore possibles.

Sans doute, cela dépendra, d'une part, des synergies qui seront créées entre ces comités sectoriels et, d'autre part, de la cohésion que pourra maintenir entre l'action de ces comités la Commission dont ils relèvent tous. Peut-être eût-il été suffisant de mettre en place au sein de ces administrations ou de ces secteurs administratifs un « préposé » à la protection de la vie privée et de prévoir l'intervention de celui-ci pour certains dossiers en même temps que l'obligation d'informer la Commission et que la possibilité de saisir la Commission ou, pour cette dernière, la possibilité de se saisir de tout dossier.

7.3. Conclusions

83. L'administration est de plus en plus tentée par le tout technologique. Plaide en faveur de l'utilisation renforcée de l'outil technique et de ses applications, l'argument d'efficacité à la fois dans le service rendu au public et dans le contrôle du respect de l'application des législations. Ainsi, muni du sésame que constitue la carte d'identité électronique et, le cas échéant, la signature qui y est incorporée, le citoyen adressera sa requête administrative à un guichet dit unique. C'est à l'administration, grâce au numéro d'identification unique, de retrouver à travers le réseau qu'elle constitue, les éléments nécessaires du dos-

sier et, sur la base de ceux-ci, de prendre la décision requise par le citoyen ou de fournir l'information demandée. Le même réseau permettra à l'administration de croiser les données à volonté, de dépister les fraudeurs et de veiller ainsi à la correcte application des réglementations. Ces deux soucis : meilleure efficacité du service rendu et contrôle plus efficace, expliquent la mutation de l'administration traditionnellement cloisonnée, désormais en réseau²¹⁰. Cette mutation si elle satisfait l'intérêt général rejoint également l'intérêt des citoyens même si ceux-ci, dans le même temps, s'inquiètent des risques liés à ce renforcement des pouvoirs d'une administration de plus en plus omnisciente et donc omnipotente.

84. A ces risques qu'encourent nos libertés, l'article 8 de la CEDH offre une réponse encore amplifiée par l'article 22 de notre Constitution. Le triple contrôle de légalité (au sens strict), de légitimité et de proportionnalité que ces textes imposent, oblige nos législateurs à justifier la création de banques de données et les interconnexions entre celles-ci. La Cour d'arbitrage a estimé que son contrôle s'étendait à toute violation du respect de ce droit fondamental à la vie privée et sa jurisprudence témoigne d'une vigilance à cet égard. La loi de 1992 fixe d'autres limites encore : elle responsabilise les administrations ; elle précise les critères de légitimité des traitements et en particulier de ceux du secteur public ; elle limite les données susceptibles d'être traitées et surtout fixe des règles de sécurité dans le traitement des données à caractère personnel. Du côté des citoyens, elle leur octroie des droits subjectifs nouveaux qui aident à une meilleure transparence des circuits informationnels. Les lois spécifiques propres à différents secteurs administratifs particuliers appliquent ces principes et soumettent les flux internes à des comités dits sectoriels. Sans doute, la situation belge peut se caractériser par deux mouvements contradictoires : au moment où elle se dote des outils nécessaires (identifiants uniques, bases de données authentiques, e-plateforme et infrastructures communes à tous les pouvoirs,...) pour permettre une administration globale, elle met en place des structures organisationnelles, les comités sectoriels, pour pallier les risques liés à cette administration potentiellement globale²¹¹.

²⁰⁹ D. DE BOT, « De Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levensfeer : Tussen droom en daad bestaan er niet alleen wetten in de weg, maar vooral praktische problemen », *RGDC*, 2003, p. 384 et s..Cf. également nos réflexions critiques in Y. POULLET, « L'autorité de contrôle : vues de Bruxelles », *Revue Française d'administration publique*, n° spécial, 1999, p. 69 et s.

²¹⁰ H. MAISL, « De l'administration cloisonnée à l'administration en réseau : fin de la vie privée et/ou satisfaction de l'utilisateur », in *L'administration électronique*, G. CHATILLON (éd.), Paris, 2003

²¹¹ Comp. sur ce point les conclusions de l'avis n° 2 de l'Observatoire des Droits de l'Internet, in « Facteurs de succès de

85. Cet arsenal législatif suffit-il ? A l'approche parcelaire des multiples réglementations, source de non transparence pour le citoyen et de confusion de compétences, on préférerait une réglementation globale de l'administration électronique et des multiples questions nouvelles soulevées par les téléservices, l'interconnexion, les identifiants uniques, etc. Cette réglementation permettrait de clarifier les procédures de désignation des responsables au sein de l'administration, fixerait les critères selon lesquels doit s'opérer l'examen de proportionnalité tant quant à la légitimité de l'existence des traitements que quant à leur contenu, élargirait le droit à la transparence et les droits d'accès du citoyen en même temps qu'il faciliterait le droit de rectification. En d'autres termes, elle prendrait pleinement la mesure de l'intérêt que peuvent présenter les technologies de l'information pour assurer aux citoyens une meilleure maîtrise de leurs données à caractère personnel et une meilleure transparence des flux à l'intérieur du secteur public. Enfin, elle énoncerait les principes de sécurité et prévoirait l'existence d'un préposé à la protection des données²¹². Voilà ce que nous appelons de nos vœux. « *L'informatique doit être au service de chaque citoyen. ... Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'Homme, ni aux libertés individuelles ou publiques* », énonçait, déjà en 1978, l'article 1er de la loi française relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Faute de conclusion(s)...

86. De la lecture rapide de quelques dispositions conventionnelles s'inscrivant en filigrane d'expériences d'« administration électronique », il serait insensé de prétendre dégager des conclusions, sauf à dénaturer le caractère prospectif dont nous voulions assortir cette démarche. Il n'est toutefois pas prématuré – dès ce stade, et pour amorcer de futurs débats – d'observer que la Convention peut apparaître tantôt comme freinant le développement des projets d'administration électronique, tantôt comme en constituant un adjuvant.

87. En tant que « frein » ou « obstacle » au développement de l'administration électronique, on relèvera que les dispositions de la C.E.D.H. et de ses protocoles additionnels peuvent être invoquées comme moyen de prévention des dérives que fait craindre l'introduction des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans l'action des pouvoirs publics ; cette première approche conduit aux sources de la C.E.D.H. et à la dimension « négative » des obligations incombant aux Etats signataires (non-ingérence dans l'exercice des droits et libertés). Il est clair que le caractère inédit de certaines expériences éveille naturellement la curiosité et fait surgir

l'e-gouvernement », disponible sur le site de l'observatoire : <http://www.internet-observatory.be>.

« *La protection de la vie privée constitue un principe fondamental de notre droit. Les données à caractère personnel font d'ailleurs l'objet d'une réglementation stricte. Les mesures destinées à protéger la vie privée doivent exister, mais elles ne peuvent pour autant rendre les procédures inutilement compliquées. Une telle conséquence irait à l'encontre des objectifs poursuivis par l'e-gouvernement (et notamment la simplification administrative). Les mesures doivent être proportionnelles à l'objectif poursuivi.*

Les problèmes en matière de vie privée concernent notamment l'échange de données entre les administrations, l'institution d'un point d'entrée unique ou encore l'attribution d'un identifiant unique. A cet égard, il est nécessaire d'analyser les risques et d'élaborer des procédures pour y faire face.

S'agissant particulièrement de l'échange des données entre les administrations, il faut prévoir des mécanismes de contrôle et de surveillance (autorisation préalable pour l'échange de certains types de données ou cadastre des échanges de données, par exemple). Il faut aussi assurer une transparence suffisante. Il convient d'ailleurs de faire une distinction entre les données consultables librement en raison de leur nature ou de la réglementation existante et les données plus sensibles qui nécessitent une autorisation préalable de consultation. Dans ce contexte, des législations récentes apportent des réponses : le nouvel article 36 bis de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des données à caractère personnel prévoit en effet la création d'un comité sectoriel au sein de la Commission de Protection de la Vie Privée et que –sauf dans les cas déterminés par le Roi, toute communication électronique de données personnelles par un service public fédéral ou par un organisme public avec personnalité juridique qui relève de l'autorité fédérale, exige une autorisation de principe de ce comité sectoriel, à moins que la communication n'ait déjà fait l'objet d'une autorisation de principe d'un autre comité sectoriel créé au sein de la Commission pour la protection de la vie privée ».

²¹² Pour l'idée d'un code complet de la circulation des données dans le secteur public, T. WURTENBERG et G. SYDOW, « Administration électronique et protection de la vie privée en Allemagne, in *L'administration électronique*, G. CHATILLON (éd.), Paris, 2003, pp. 369 et s.

inévitables des questions nouvelles²¹³. On observe toutefois que la conviction que le progrès technique est bon en soi est répandue dans le public et singulièrement dans nos chambres parlementaires. Celui qui demande, non pas de renoncer aux avancées technologiques, mais de les encadrer juridiquement pour préserver la dignité et les libertés individuelles, passe pour un frileux rabat-joie. Or, il est incontestable que l'exploration de fichiers informatisés interconnectés peut être plus préjudiciable à la protection de la vie privée que le maniement de registres dispersés en plusieurs lieux de conservation. On ne peut balayer non plus les faiblesses démocratiques inhérentes au vote électronique, même si les lacunes du contrôle du vote étaient avérées de longue date dans un environnement non dématérialisé. Par contre, la suppression de la version « papier » du *Moniteur belge* – fût-elle porteuse de « ruptures » nettes et symboliques – ne doit pas faire oublier les impressionnantes ressources qu'offre sa publication sur Internet, jumelée au développement de bases de données juridiques permanentes et dotées d'un accès commode : il n'est pas encore démontré que la consultation d'impressionnants volumes du *Moniteur* pour connaître l'état d'une législation maintes fois modifiée, rend le droit plus accessible que ne le permet une visite des bases de données y dédiées.

88. Lorsqu'elle joue le rôle d'« adjuvant », la C.E.D.H. peut – notamment par le biais des obligations positives

incombant aux Etats – donner l'impulsion nécessaire au développement de pratiques favorisant l'utilisation plus intense des nouvelles technologies de l'information et de la communication : tel sera le cas dans la définition d'exigences de pleine accessibilité des moyens techniques (logiciels, notamment) utilisés en soutien des relations entre les pouvoirs publics et leurs interlocuteurs. Cela étant, l'effet d'incitation éventuellement provoqué par la C.E.D.H. n'est pas à considérer isolément de l'influence d'autres facteurs et ne saurait d'ailleurs se suffire à lui-même. Ainsi, a-t-on pu relever que la reconnaissance progressive d'obligations positives va de pair avec une modification des rapports entre l'Etat et l'individu. De même, s'impose-t-il d'observer que l'inspiration donnée par la C.E.D.H. et le développement de projets d'administration électronique seront vains s'ils ne sont assortis d'évolutions parallèles tout aussi nécessaires, tel l'effort de simplification administrative attestant de ce que l'apport des nouvelles technologies de l'information et de la communication se révèle insuffisant sans une réflexion sur les aspects fonctionnels de l'action des pouvoirs publics et sur le cadre juridique dans lequel s'inscrit cette action et sur la nécessité de maintenir face à cette administration électronique, la confiance des citoyens. Intégrer au service des citoyens les dimensions technologiques, fonctionnelles et juridiques, tel semble être le premier défi de l'administration électronique...

²¹³ Ainsi, par exemple, dans le droit et la pratique des marchés publics, le souci de garantir l'égalité et la non-discrimination entre candidats s'exprimait essentiellement, jusqu'il y a peu, au travers du choix des critères d'attribution et de sélection, de l'interdiction de définir des spécifications techniques susceptibles d'affecter le jeu de la concurrence ou de l'organisation d'une procédure suivant un calendrier ne compromettant pas l'effectivité de la mise en concurrence. Désormais, cette même préoccupation d'égalité et de non-discrimination sera exprimée dans le choix des supports d'information et modes de communications entre pouvoirs adjudicateurs et candidats ou soumissionnaires.