

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGPD

Van Enis, Quentin

*Published in:*

Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR)

*Publication date:*

2018

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*

Van Enis, Q 2018, La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGPD. dans C de Terwangne & K Rosier (eds), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR): analyse approfondie*. Cahiers du CRIDS, numéro 44, Larcier , Bruxelles, pp. 763-795.

#### 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.

# TITRE 17

## La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGDP

Quentin VAN ENIS<sup>1</sup>

### Introduction

#### SECTION 1. – Position du problème

1. Même s'ils ne doivent pas être opposés par principe<sup>2</sup>, le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression sont souvent amenés à se confronter. La définition très large du traitement de données, d'une part, et la portée étendue du droit à la liberté d'expression, qui couvre tant les activités de diffusion que de collecte préalable des informations<sup>3</sup>, d'autre part, favorisent l'existence d'une zone d'interaction entre ces deux univers. Comme il a été souligné,

---

<sup>1</sup> Chargé de cours à l'UNamur et à l'UCL, membre du Conseil de déontologie journalistique. Les opinions exprimées par l'auteur lui sont personnelles et n'engagent en rien les institutions auxquelles il appartient.

<sup>2</sup> Il a ainsi été souligné à juste titre par le « Groupe 29 » que « si la vie privée n'est pas suffisamment protégée, les individus peuvent hésiter à exprimer librement leurs opinions ; de même, le fait d'identifier les lecteurs et les utilisateurs des services d'information et d'établir leur profil risque d'avoir pour effet que les individus seront moins enclins à recevoir et transmettre des informations » (Recommandation 1/97 : Législation sur la protection des données et médias, adoptée le 25 février 1997, WP1, XV/5012/97-FR, p. 5).

<sup>3</sup> À cet égard, voy. notre étude, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 505-699. En jurisprudence, voy. récemment Cour eur. D.H. (GC), 27 juin 2017, arrêt *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, § 128 : « (...) il est bien établi que la collecte d'informations est une étape préparatoire essentielle du travail de journalisme et qu'elle est inhérente à la liberté de la presse et, à ce titre, protégée ».

« il y a (...) une antinomie fondamentale, mais non irréductible, entre [la liberté d'expression], qui se fonde sur des possibilités illimitées de rassemblement et de circulation des informations et la protection des données à caractère personnel qui exige au contraire (...) de strictes limitations afin d'assurer le respect de la vie privée »<sup>4</sup>.

Le droit à la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée, dont émane le droit à la protection des données à caractère personnel mais dont ce dernier semble s'être progressivement émancipé<sup>5</sup>, « ne sont ni absolus ni hiérarchisés entre eux, étant d'égale valeur »<sup>6</sup> et « méritent *a priori* un égal respect »<sup>7</sup>. Un équilibre doit donc être recherché entre ces droits afin qu'ils puissent coexister harmonieusement dans l'ordre juridique européen et au sein des ordres juridiques nationaux.

Le règlement général sur la protection des données (« RGPD »)<sup>8</sup> s'inscrit pleinement dans cet ordre des choses inauguré par la directive

<sup>4</sup> G. BRAIBANT, « Données personnelles et société de l'information », Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95/46, 3 mars 1998.

<sup>5</sup> La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre le droit à la protection des données à caractère personnel comme un droit distinct (art. 8) du droit au respect de la vie privée (art. 7). Comme d'aucuns l'ont souligné, le règlement « affirme le droit à la protection des données comme un droit autonome » (voy. C. DE TERWANGNE, K. ROSIER et B. LOSDYCK, « Lignes de force du nouveau Règlement relatif à la protection des données à caractère personnel », *R.D.T.I.*, 2016/62, pp. 6-7, n° 3. Il n'est ainsi plus fait mention du droit au respect de la vie privée dans les dispositions introductives du règlement. L'article 1<sup>er</sup>, § 2, du règlement précise de façon générale que « le présent règlement protège les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et *en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel* », alors que la directive 95/46/CE prévoyait que « Les États membres assurent, conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, *notamment de leur vie privée*, à l'égard du traitement des données à caractère personnel » (nous soulignons). Si la Convention européenne des droits de l'homme ne comporte pas de disposition consacrant directement le droit à la protection des données à caractère personnel, la Cour européenne a eu l'occasion de souligner que « la protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention » (voy. Cour eur. D.H. (GC), 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, § 103). Au sujet de la plus-value de la reconnaissance d'un droit spécifique à la protection des données par rapport à la consécration plus générale du droit à la vie privée, à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de justice, voy. not. R. TINIERE, « Article 8. Protection des données à caractère personnel », in F. PICOD et S. VAN DROOGENBROECK, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 185-204 et spéc. pp. 202-203, n° 22.

<sup>6</sup> Résolution 1165 (1998) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 26 juin 1998 sur le droit au respect de la vie privée, § 11.

<sup>7</sup> Cour eur. D.H. (GC), 7 février 2012, arrêts *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2) et *Axel Springer AG c. Allemagne*, respectivement § 106 et § 87.

<sup>8</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère

95/46/CE<sup>9</sup> (la « Directive ») et, auparavant par la Convention 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel<sup>10</sup>.

Ainsi, le considérant 4 du RGPD rappelle que « (...) le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu ; il doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité ». Le même considérant pose en principe que le RGPD « (...) respecte tous les droits fondamentaux et observe les libertés et les principes reconnus par la Charte, consacrés par les traités (...) et notamment la liberté d'expression et d'information ». La conciliation entre le droit au respect de la vie privée et la protection des données, d'une part, et le droit à la liberté d'expression, d'autre part, est pourtant loin d'aller de soi et implique de trouver un subtil équilibre entre des valeurs opposées.

## SECTION 2. – Plan de la contribution

2. La présente contribution visera tout d'abord à livrer un aperçu général des dispositions pertinentes du RGPD relativement à la conciliation de la protection des données et de la liberté d'expression (Chapitre 1).

On relèvera ensuite que, dans la lignée du défunt article 9 de la directive 95/46/CE, le RGPD rappelle la nécessité de rechercher un équilibre adéquat entre le droit à la protection des données et le droit à la liberté d'expression, conformément au principe de proportionnalité cher à la Cour de justice, dont il n'est pas inutile de rappeler brièvement les fondements (Chapitre 2).

S'il réaffirme haut et fort l'objectif de concilier les libertés en conflit, le RGPD se montre assez imprécis sur la manière de réaliser cet objectif. En particulier, le règlement s'accompagne d'un certain nombre d'incertitudes

---

personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *JOUE*, L 119, 4 mai 2016, p. 1.

<sup>9</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOCE*, L 281, 23 novembre 1995, p. 31. Voy. *infra* à cet égard.

<sup>10</sup> Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, STE n° 108, 28 janvier 1981. Comme l'a relevé le Groupe 29, « dans le rapport explicatif [de la Convention 108], la liberté d'expression est citée comme l'un des 'droits et libertés d'autrui' pour la protection desquels le législateur national peut, en vertu de l'article 9 paragraphe 2 point b de la Convention, déroger aux principes de base de la protection des données » (Recommandation précitée, p. 5, note 8).

quant à la portée concrète du régime dérogatoire mis en place en faveur de la liberté d'expression (Chapitre 3). Sur ce terrain, il faut bien l'admettre, le texte du RGPD semble soulever plus de questions qu'il n'en règle. L'absence d'harmonisation en la matière laisse augurer le maintien d'une diversité d'approches au sein des différents États membres sur la définition même du périmètre du régime dérogatoire. Il y a cependant fort à parier qu'une harmonisation ne manquera pas d'être réalisée, de façon plus indirecte et dans un temps plus long, par la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, qui ont d'ailleurs chacune reçu l'occasion de se prononcer sur la question sous l'empire de l'ancienne directive (Section 1). On soulignera en outre qu'au contraire de la directive, le RGPD semble à présent prévoir *différents régimes* de conciliation entre la protection des données et la liberté d'expression, dont le champ d'application respectif ne paraît pas évident à circonscrire (Section 2).

Il convient, enfin, de s'intéresser au régime dérogatoire à proprement parler (Chapitre 4). À cet égard, à l'instar du texte qu'il est amené à remplacer, et en dépit de sa nature juridique, le RGPD s'en remet avant tout aux États membres pour définir les « dérogations ou exemptions » relatives à certains des chapitres qu'il comporte (Section 1). Il va sans dire que des précisions devront être apportées par les législateurs nationaux aux fins de ménager un équilibre adéquat entre la protection des données et le droit à la liberté d'expression et d'assurer une prévisibilité juridique suffisante dans ce domaine (Section 2). La principale nouveauté du RGPD consiste cependant dans l'instauration d'une obligation de notification à la Commission des dispositions dérogatoires adoptées en faveur « du traitement réalisé à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire » (Section 3).

## CHAPITRE 1. Aperçu général des dispositions pertinentes du RGPD

### SECTION 1. – L'article 85 du RGPD : « Traitement et liberté d'expression »

3. Situé dans le chapitre IX du RGPD consacré aux « dispositions relatives à des situations particulières de traitement », sobriement intitulé « Traitement et liberté d'expression », et composé de trois paragraphes, l'article 85 du RGPD se révèle plutôt évasif et à peine plus loquace que la

directive qu'il remplace sur la manière dont la protection des données et la liberté d'expression seront amenés à coexister à partir du 25 mai 2018.

Le nouvel article 85 du RGPD prévoit que :

« 1. Les États membres concilient, par la loi, le droit à la protection des données à caractère personnel au titre du présent règlement et le droit à la liberté d'expression et d'information, y compris le traitement à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire.

2. Dans le cadre du traitement réalisé à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire, les États membres prévoient des exemptions ou des dérogations au chapitre II (principes), au chapitre III (droits de la personne concernée), au chapitre IV (responsable du traitement et sous-traitant), au chapitre V (transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales), au chapitre VI (autorités de contrôle indépendantes), au chapitre VII (coopération et cohérence) et au chapitre IX (situations particulières de traitement) si celles-ci sont nécessaires pour concilier le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression et d'information.

3. Chaque État membre notifie à la Commission les dispositions légales qu'il a adoptées en vertu du paragraphe 2 et, sans tarder, toute disposition légale modificative ultérieure ou toute modification ultérieure les concernant ».

4. Le considérant 153, dont la vocation est d'éclairer la portée de l'article 85, se veut à peine plus prolix que ce dernier, et énonce ce qui suit :

« Le droit des États membres devrait concilier les règles régissant la liberté d'expression et d'information, y compris l'expression journalistique, universitaire, artistique ou littéraire, et le droit à la protection des données à caractère personnel en vertu du présent règlement. Dans le cadre du traitement de données à caractère personnel uniquement à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire, il y a lieu de prévoir des dérogations ou des exemptions à certaines dispositions du présent règlement si cela est nécessaire pour concilier le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression et d'information, consacré par l'article 11 de la Charte. Tel devrait notamment être le cas des traitements de données à caractère personnel dans le domaine de l'audiovisuel et dans les documents d'archives d'actualités et bibliothèques de la presse. En conséquence, les États membres devraient adopter des dispositions législatives qui fixent les exemptions et dérogations nécessaires aux fins d'assurer un équilibre entre ces droits fondamentaux. Les États

membres devraient adopter de telles exemptions et dérogations en ce qui concerne les principes généraux, les droits de la personne concernée, le responsable du traitement et le sous-traitant, le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales, les autorités de contrôle indépendantes, la coopération et la cohérence, ainsi que les situations particulières de traitement des données. Lorsque ces exemptions ou dérogations diffèrent d'un État membre à l'autre, le droit de l'État membre dont relève le responsable du traitement devrait s'appliquer. Pour tenir compte de l'importance du droit à la liberté d'expression dans toute société démocratique, il y a lieu de retenir une interprétation large des notions liées à cette liberté, telles que le journalisme ».

5. Comme nous le verrons, quoique laconique, l'article 85, lu à la lumière du considérant 153, n'échappe pas à l'impression de complexité qui se dégage du nouveau texte du RGPD dans son ensemble. De façon générale, il a pu être écrit que « cette complexité s'explique pour partie par le changement d'instrument juridique, le recours au règlement supposant une précision plus grande que l'usage d'une directive »<sup>11</sup> ou que le texte du règlement devrait être appréhendé comme « le fruit de multiples compromis »<sup>12</sup>. Ces explications ont ici un poids tout relatif puisque le législateur européen s'est bien gardé de définir des balises précises et s'est largement défaussé sur les États membres pour régler la question qui nous occupe... Il est difficile de cacher sa déception à cet égard puisque, tout en renonçant à poursuivre l'objectif d'harmonisation des approches nationales, censé assurer une plus grande sécurité juridique en la matière, le nouveau texte, au contraire, complexifie la question.

## SECTION 2. – Autres dispositions pertinentes

6. Si l'article 85 constitue sans doute la disposition-clé autour laquelle sera amenée à s'orchestrer la mise en balance entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données, d'autres dispositions du RGPD sont également pertinentes dans le contexte qui nous intéresse.

---

<sup>11</sup> R. TINIERE, « Article 8. Protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 195.

<sup>12</sup> B. DOCQUIR, « Introduction générale », in B. DOCQUIR (coord.), *Vers un droit européen de la protection des données ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 7.

## § 1. Le droit à l'effacement ('droit à l'oubli') visé à l'article 17

7. On songe tout d'abord au « droit à l'effacement ('droit à l'oubli') » prévu à l'article 17 du RGPD, qui semble se superposer au droit au déréférencement opposable aux gestionnaires de moteurs de recherche, déduit par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>13</sup>, sous l'empire de l'ancienne directive, des droits de rectification et d'opposition, lesquels se retrouvent, quoique sous une forme différente, dans le texte du RGPD. Aux termes de l'article 17, § 1, « La personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement l'effacement, dans les meilleurs délais, de données à caractère personnel la concernant et le responsable du traitement a l'obligation d'effacer ces données à caractère personnel dans les meilleurs délais (...) » notamment lorsque « les données à caractère personnel ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées d'une autre manière ». Suivant le deuxième paragraphe de l'article 17, « lorsqu'il a rendu publiques les données à caractère personnel et qu'il est tenu de les effacer en vertu du paragraphe 1, le responsable du traitement, compte tenu des technologies disponibles et des coûts de mise en œuvre, prend des mesures raisonnables, y compris d'ordre technique, pour informer les responsables du traitement qui traitent ces données à caractère personnel que la personne concernée a demandé l'effacement par ces responsables du traitement de tout lien vers ces données à caractère personnel, ou de toute copie ou reproduction de celles-ci ». Le troisième paragraphe de l'article 17 prévoit que ses deux premiers paragraphes « ne s'appliquent pas dans la mesure où ce traitement est nécessaire » notamment « à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information ».

À cet égard, le considérant 65 du RGPD, qui semble se rapporter au droit à l'effacement, énonce que « (...) la conservation ultérieure des données à caractère personnel devrait être licite lorsqu'elle est nécessaire à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, au respect d'une obligation légale, à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement, pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique, à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques, ou à la constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice ». Sauf pour les législateurs des États membres à prévoir des précisions dans les textes nationaux implémentant le règlement, les juges nationaux jouiront d'une

<sup>13</sup> C.J.U.E. (GC), 13 mai 2014, arrêt *Google Spain SL, Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, C-131/12.

marge de liberté assez large pour apprécier la « nécessité » de la conservation des données à des fins d'exercice de la liberté d'expression.

## § 2. La liberté d'expression dans le cadre d'activités strictement personnelles ou domestiques

8. Il convient ensuite de préciser qu'à l'instar de la directive, le RGPD, en son article 2, § 2, c), exclut de son champ d'application le traitement effectué « par une personne physique dans le cadre d'une activité strictement personnelle ou domestique ». Cette exclusion est réservée à l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques et n'aura normalement pas lieu d'être s'agissant de la diffusion de données à caractère personnel sur Internet, à tout le moins lorsque ces données sont mises à disposition d'un nombre indéfini d'utilisateurs. Pour la Cour de justice, qui s'est prononcée dans son arrêt *Lindqvist*<sup>14</sup>, rendu sous le visa de l'article 3, § 2, de la directive, « cette exception doit donc être interprétée comme visant uniquement les activités qui s'insèrent dans le cadre de la vie privée ou familiale des particuliers, ce qui n'est manifestement pas le cas du traitement de données à caractère personnel consistant dans leur publication sur Internet de sorte que ces données sont rendues accessibles à un nombre indéfini de personnes »<sup>15</sup>.

Comme le rappelle cependant le considérant 18 du RGPD<sup>16</sup>, « l'échange de correspondance », qui est aussi compris dans la sphère de protection de la liberté d'expression<sup>17</sup>, échappe au régime de la protection des données, à tout le moins lorsqu'il est le fait d'une personne physique « au cours d'activités strictement personnelles ou domestiques, et donc sans lien avec une activité professionnelle ou commerciale ». Par ailleurs, et c'est là une nouveauté par rapport à la directive, le RGPD précise, toujours par son considérant 18, que les activités personnelles ou domestiques peuvent inclure « (...) l'utilisation de réseaux sociaux et les activités en ligne qui ont lieu dans le cadre de ces activités »<sup>18</sup>. Conjuguée à l'enseignement

<sup>14</sup> C.J.U.E., 6 novembre 2003, arrêt *Bodil Lindqvist*, C-101/01.

<sup>15</sup> Arrêt précité, § 47 (nous soulignons). Dans le même sens, voy. concl. av. gén. Antonio TIZZANO présentées le 19 septembre 2002, § 34.

<sup>16</sup> Une telle conclusion s'imposait déjà à la lecture du considérant 12 de la directive.

<sup>17</sup> Voy., p. ex., Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Medžlis Islamske Zajednice Brčko et autres c. Bosnie-Herzégovine*, 27 juin 2017.

<sup>18</sup> Cette exclusion ne vaut toutefois que pour les utilisateurs et non pour les responsables de traitement et sous-traitants qui peuvent être amenés à traiter les données pour permettre l'usage de ces réseaux sociaux. Le règlement précise en effet : « Toutefois, le présent règlement s'applique aux responsables du traitement ou aux sous-traitants qui fournissent les moyens de traiter des données à caractère personnel pour de telles activités personnelles ou domestiques ».

de la Cour de justice dans l'affaire *Lindqvist*, cette précision amènera sans doute à faire une distinction entre les réseaux sociaux configurés pour toucher un cercle restreint d'amis et ceux dont les paramètres permettent de rendre les données « accessibles à un nombre indéfini de personnes ».

## CHAPITRE 2. Un rappel de la nécessité d'atteindre un équilibre adéquat entre deux droits d'égale valeur

9. On l'a dit, en l'absence de hiérarchie formelle dans les instruments qui les consacrent, le droit à la protection des données et le droit à la liberté d'expression doivent nécessairement être mis balance. Les conditions d'exercice de cette mise en balance instaurées par le RGPD ne sont pas foncièrement différentes de celles prévues par la directive. Le règlement rappelle l'obligation des États membres d'aménager un régime dérogatoire permettant de concilier les droits en conflit<sup>19</sup>. À l'instar de la Directive, le RGPD laisse une importante marge de manœuvre aux États membres dans le choix des mesures permettant d'atteindre cet équilibre, et ce, sous le contrôle de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans son arrêt *Lindqvist* rendu en 2003, la Cour de Luxembourg, amenée à se prononcer sur la question de la compatibilité de la directive avec le droit à la liberté d'expression avait répondu que « les dispositions de la directive 95/46 ne comportent *pas, en elles-mêmes*, une restriction contraire au principe général de liberté d'expression ou à d'autres droits et libertés applicables dans l'Union européenne et correspondant notamment à l'article 10 de la CEDH » et qu'« il appartient aux autorités et aux juridictions nationales chargées d'appliquer la réglementation nationale transposant la directive 95/46 d'assurer un juste équilibre des droits et intérêts en cause, y compris les droits fondamentaux protégés dans l'ordre juridique

---

À ce sujet, la C.J.U.E. a récemment jugé que l'administrateur d'une page fan sur Facebook doit être tenu pour responsable avec le site de réseau social du traitement des données des visiteurs. C.J.U.E. (GC), 5 juin 2018, arrêt *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein contre Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, C-210/16.

<sup>19</sup> Au départ, la proposition de la Commission ayant donné lieu à l'adoption de la directive 95/46 prévoyait une simple *possibilité* pour les États membres de prévoir des dérogations pour les organismes de presse et de l'audiovisuel. Cette possibilité s'est finalement transformée en *obligation* dans la directive. Voy. V. VERBRUGGEN, *Protection des données à caractère personnel*, Les Codes commentés Larcier, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 39, citant la Recommandation précitée du « Groupe 29 ».

communautaire »<sup>20</sup>. Le juge européen a précisé qu'« il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à la directive, *mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de cette dernière qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité* »<sup>21</sup>. Il ressort dès lors de cette affaire qu'il appartient aux États membres d'interpréter les dispositions nationales transposant la directive en conformité avec le droit à la liberté d'expression.

Cette obligation de prise en compte générale de la liberté d'expression et du principe de proportionnalité s'impose au-delà de l'obligation, prévue par la directive, imposant aux États membres de mettre en place un régime dérogatoire en faveur des « traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire » (art. 9). Dans l'affaire *Lindqvist*, il n'était d'ailleurs pas directement question de cette dernière disposition mais de la conformité de la directive avec le droit à la liberté d'expression en général.

10. Au sujet dudit régime dérogatoire, dans sa Résolution du 6 juillet 2011 sur une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne, le Parlement européen a souligné « l'importance de l'article 9 de la directive 95/46/CE, qui oblige les États membres à prévoir des exemptions aux règles en matière de protection des données quand des données à caractère personnel sont utilisées exclusivement à des fins journalistiques ou à des fins d'expression artistique ou littéraire »<sup>22</sup>. Dans ce contexte, le Parlement européen a invité la Commission « à veiller à ce que ces dérogations soient maintenues et que tous les efforts soient déployés pour *évaluer la nécessité d'étendre ces dérogations à la lumière de toutes les nouvelles dispositions* afin de protéger la liberté de la presse »<sup>23</sup>. Globalement, les larges possibilités de dérogations et d'exemptions prévues par l'article 85 du RGPD semblent rencontrer cette préoccupation (voy. *infra*, Chapitre 2, à cet égard), même si le RGPD reste en défaut de préciser plus avant les modalités concrètes de ces dérogations.

Alors que la réforme de la protection des données suivait son cours au sein des institutions de l'Union, un auteur<sup>24</sup> avait souligné que la proposition initiale de la Commission de 2012 s'écartait de la formulation

<sup>20</sup> Arrêt précité, § 90 (nous soulignons).

<sup>21</sup> *Ibid.*, § 87 (nous soulignons).

<sup>22</sup> 2011/2025(INI), § 3.

<sup>23</sup> *Ibid.* (nous soulignons).

<sup>24</sup> W. HINS, « De journalistieke exceptie en de bescherming van persoonsgegevens : laveren tussen twee grondrechten », *Mediaforum*, 2013/4, pp. 102-103.

de la Directive dans un sens apparemment plus protecteur de la liberté d'expression, en ne faisant plus mention d'une condition de « nécessité » aux fins du bénéfice du régime dérogatoire alors que le texte précédent n'admettait des exemptions et dérogations que « dans la seule mesure où elles s'avèrent *nécessaires* pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression »<sup>25</sup>. Cette différence a disparu dans le texte définitif du RGPD, la condition de nécessité étant réapparue, en tout cas s'agissant des exemptions et dérogations à l'égard du traitement réalisé à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire<sup>26</sup>. Quoi qu'il en soit, il y a lieu de penser que, même sans la mention expresse d'une exigence de nécessité, dans la mesure où il s'agit toujours de mettre en balance deux droits fondamentaux d'égale valeur, non hiérarchisés et concurremment consacrés par la Charte, la proportionnalité aurait de toute façon continué à guider la recherche d'un équilibre adéquat entre la liberté d'expression et la protection des données<sup>27</sup>.

## CHAPITRE 3. Les incertitudes du RGPD sur le champ d'application du régime dérogatoire

### SECTION 1. – L'absence de définition dans le texte des contours du régime dérogatoire

11. Aux termes de l'article 9 de la défunte Directive, « les États membres prévoient, pour les traitements de données à caractère personnel effectués *aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire*, des exemptions et dérogations au présent chapitre, au chapitre IV et au chapitre VI

<sup>25</sup> Nous soulignons.

<sup>26</sup> Curieusement, ce critère de nécessité n'a pas été repris concernant la mise en balance générale que le règlement autorise les États à effectuer entre « le droit à la protection des données à caractère personnel au titre du présent règlement et le droit à la liberté d'expression et d'information ».

<sup>27</sup> Voy. à cet égard S. VAN DROOGENBROECK, « Article 52-1. Limitations aux droits garantis », in F. PICOD et S. VAN DROOGENBROECK, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 1100, n° 30 : « (...) vu l'absence de hiérarchie rigide entre les droits fondamentaux, il y a lieu, en cas de conflit, 'd'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire', ce qui suppose l'application du principe de proportionnalité ».

dans la seule mesure où elles s'avèrent nécessaires pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression »<sup>28</sup>.

La directive ne comprenait aucune définition du champ d'application du régime dérogatoire prévu en faveur des traitements effectués *aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire*. Une certaine diversité a ainsi pu se développer parmi les différents États membres sur cette question. Faute de définition, le RGPD ne mettra pas fin à cette diversité.

Or, si le droit européen laisse le soin aux États de définir les règles concrètes permettant de concilier la protection des données et la liberté d'expression, il prévoit clairement le principe d'un régime dérogatoire pour l'exercice de finalités précises qu'il aurait été souhaitable de voir définies dans le texte du règlement.

12. Sous l'empire de la directive, la définition des « fins de journalisme » s'est trouvée au cœur d'une affaire portée, sur question préjudicielle, devant la Cour de justice de l'Union européenne (alors Cour de justice des Communautés européennes), et, après épuisement des voies de recours nationales, devant la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour de Luxembourg s'est prononcée par un arrêt du 16 décembre 2008<sup>29</sup>. En substance, le juge finlandais à l'origine de l'affaire demandait à la haute juridiction européenne de répondre à la question de savoir si une société commerciale qui fournissait un service payant permettant à ses utilisateurs d'obtenir par SMS les données fiscales – publiques en vertu de la loi finlandaise – de contribuables dont les revenus atteignaient un certain seuil, était en droit de se prévaloir du régime dérogatoire mis en place par la directive au profit des traitements de données effectués aux seules fins de journalisme.

<sup>28</sup> Voy. égal. considérant n° 37 de la directive : « considérant que le traitement de données à caractère personnel à des fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, notamment dans le domaine audiovisuel, doit bénéficier de dérogations ou de limitations de certaines dispositions de la présente directive dans la mesure où elles sont nécessaires à la conciliation des droits fondamentaux de la personne avec la liberté d'expression, et notamment la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, telle que garantie notamment à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'il incombe donc aux États membres, aux fins de la pondération entre les droits fondamentaux, de prévoir les dérogations et limitations nécessaires en ce qui concerne les mesures générales relatives à la légalité du traitement des données, les mesures relatives au transfert des données vers des pays tiers ainsi que les compétences des autorités de contrôle, sans qu'il y ait lieu toutefois de prévoir des dérogations aux mesures visant à garantir la sécurité du traitement ; qu'il conviendrait également de conférer au moins à l'autorité de contrôle compétente en la matière certaines compétences *a posteriori*, consistant par exemple à publier périodiquement un rapport ou à saisir les autorités judiciaires ».

<sup>29</sup> C.J.U.E. (GC), 16 décembre 2008, arrêt *Tietosuojavaltuutettu contre Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, C-73/07.

Avant que la Cour ne se prononce, l'avocat général Kokott avait soutenu dans ses conclusions que « les termes de fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, utilisés à cet effet, n'auraient plus de fonction propre à côté de la notion de liberté d'expression, si l'on considérait que, pris dans leur ensemble, ils équivalent à la liberté d'expression »<sup>30</sup>. D'après l'avocat général, les exceptions à la protection des données à caractère personnel doivent s'interpréter de manière étroite afin de ne pas vider le principe de son sens. Si, pour le haut magistrat européen, les fins de journalisme ne se résument pas à la liberté d'expression, quel sens entendait-il accorder à cette notion ? Aux yeux de l'avocat général, « le traitement de données à caractère personnel est (...) effectué à des fins de journalisme lorsqu'il vise la communication d'informations et d'idées sur des questions d'intérêt public »<sup>31</sup>.

La Cour de justice a rejeté l'exigence de l'intérêt public suggérée par l'avocat général. La Cour de Luxembourg a ainsi considéré que des activités « peuvent être qualifiées d'activités de journalisme' » de nature à faire entrer en jeu le régime dérogatoire de la directive, « si elles ont pour finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées, sous quelque moyen de transmission que ce soit »<sup>32</sup>, sans faire aucunement référence à la mission qui incombe à la presse d'informer le public sur toute question d'intérêt général<sup>33</sup>.

S'inscrivant dans une approche fonctionnelle du journalisme, la Cour juge que les dérogations et exemptions doivent s'appliquer « non seulement aux entreprises de média, mais également à toute personne exerçant une activité de journalisme »<sup>34</sup>, indépendamment du support d'expression utilisé<sup>35</sup> et de la poursuite éventuelle d'un but lucratif<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> Concl. av. gén. KOKOTT, présentées le 8 mai 2008, § 57.

<sup>31</sup> *Ibid.*, § 106.

<sup>32</sup> Arrêt précité, § 61. Le lecteur attentif relèvera que la Cour adopte une formulation sensiblement différente au § 62 du même arrêt en précisant que « (...) les activités mentionnées à la première question, sous a) à d), concernant des données provenant de documents publics selon la législation nationale, *doivent* être considérées comme des activités de traitement de données à caractère personnel exercées 'aux seules fins de journalisme' au sens de cette disposition, si lesdites activités ont pour *seule* finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées, ce qu'il appartient à la juridiction nationale d'apprécier » (nous soulignons).

<sup>33</sup> Voy. à cet égard B. DOCQUIR, « Arrêt *Satamedia* : la (re)diffusion d'informations publiques dans les médias et les exigences de la protection des données », *R.E.D.C.*, 2009, p. 575, n° 21 et p. 578, n° 23.

<sup>34</sup> § 58.

<sup>35</sup> § 60.

<sup>36</sup> § 59.

## LE RÉGLEMENT GÉNÉRAL SUR LA PROTECTION DES DONNÉES

Pour la Cour, « afin de tenir compte de l'importance que détient la liberté d'expression dans toute société démocratique, il convient (...) d'interpréter les notions y afférentes, dont celle de journalisme, de manière large »<sup>37</sup>. Il n'en reste pas moins que la définition du journalisme donnée par la Cour conduit, sinon, comme d'aucuns ont pu l'écrire<sup>38</sup>, à assimiler purement et simplement le journalisme à l'exercice de la liberté d'expression, à tout le moins à rendre difficile la distinction entre les fins de journalisme et certaines concrétisations des fins d'expression artistique ou littéraire. Le seul véritable critère retenu pour définir les fins de journalisme gît en effet dans le but de divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées au moyen d'un support d'expression, but qui peut également être celui poursuivi par un artiste ou un écrivain. En dépit de ces incertitudes, nous verrons plus loin que le RGPD a maintenu ces distinctions en y ajoutant même une nouvelle notion d'« expression universitaire ». Toujours est-il que, après l'éclairage de la Cour de Justice, l'affaire au principal a connu de nouveaux développements au plan finlandais. Après épuisement des voies de recours nationales, elle fut ensuite déférée à l'appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme, qui se prononça successivement en formation de chambre<sup>39</sup> et en formation de grande chambre<sup>40</sup>.

La principale question qui se posait en l'espèce était de savoir si les juridictions nationales finlandaises n'avaient pas méconnu le droit à la liberté d'expression des deux sociétés concernées en leur refusant le bénéfice du régime dérogatoire prévu par le droit national (transposant sur ce point la Directive sur la protection des données à caractère personnel) en faveur des traitements de données effectués « aux seules fins de journalisme »<sup>41</sup> et partant en leur faisant interdiction de diffuser massivement les informations litigieuses « selon ces modalités » et « à cette échelle ». Admettant l'existence d'une ingérence dans le droit à la liberté d'expression des sociétés requérantes, la Grande chambre a considéré que ladite ingérence était bien justifiée au regard des conditions cumulatives énoncées au second paragraphe de l'article 10 de la Convention.

<sup>37</sup> § 56.

<sup>38</sup> C. DE TERWANGNE, « Les dérogations à la protection des données en faveur des activités de journalisme enfin élucidées », note sous l'arrêt *Satamedia*, précité, *R.D.T.I.*, 2009, p. 139.

<sup>39</sup> Cour eur. D.H. (4<sup>e</sup> sect.), 21 juillet 2015, arrêt *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*.

<sup>40</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt du 27 juin 2017 précité. Pour un premier commentaire, voy. D. VOORHOOF, « No journalism exception for massive exposure of personal taxation data », *Strasbourg Observers*, 5 juillet 2017 : <https://strasbourgeoisobservers.com/2017/07/05/no-journalism-exception-for-massive-exposure-of-personal-taxation-data/>.

<sup>41</sup> Pour une synthèse de la question, voy. Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., pp. 564-603, n<sup>os</sup> 440-467.

Le raisonnement de la Cour au sujet de la condition de nécessité dans une société démocratique mérite une attention particulière car il illustre à merveille la tendance consistant, dans le contexte des nouvelles technologies, à apprécier de manière graduelle la nécessité de restreindre la diffusion de renseignements accessibles par ailleurs<sup>42</sup>. La Cour a clairement donné sa préférence à la thèse du gouvernement défendeur selon laquelle « l'accès du public [aux données litigieuses] n'entraîne pas un droit de les publier systématiquement »<sup>43</sup> plutôt qu'à celle des différents tiers intervenants invitant de façon générale la Cour à interpréter largement la notion de « journalisme », en vue de couvrir « le journalisme de données », lequel « consiste à rendre des informations existantes plus utiles pour le public », ainsi que « les cas où des journalistes publient des bases de données »<sup>44</sup>.

Tout en les adaptant à sa propre grille de lecture élaborée dans des affaires mettant en jeu des conflits entre les droits garantis respectivement par les articles 8 et 10 de la Convention, la Cour a repris plusieurs critères avancés par la Cour administrative suprême de Finlande.

La Cour a notamment attaché une importance particulière à l'absence alléguée de contribution au débat d'intérêt général des activités de publication litigieuses. Pour la haute juridiction strasbourgeoise, « l'existence d'un intérêt général à ce que de grandes quantités de données fiscales soient accessibles et à ce que la collecte de données soit autorisée ne signifie pas nécessairement ou automatiquement qu'il existe également un intérêt général à diffuser en masse pareilles données brutes, telles quelles, sans aucun apport analytique »<sup>45</sup>. Pour la Cour, de telles activités ne pouvaient être considérées comme exercées aux « seules » fins de journalisme, dès lors qu'à défaut de tout travail d'interprétation par les sociétés requérantes, elles participaient plutôt à satisfaire l'appétence du public pour le sensationnalisme ou le voyeurisme<sup>46</sup>. Sans entrer ici dans une analyse

<sup>42</sup> Sur ce phénomène, voy. Q. VAN ENIS, « Des 'autoroutes de l'information' aux chemins de campagne... Un droit d'accès à l'information à plusieurs vitesses à l'ère numérique ? », in E. DEGRAVE, C. DE TERWANGNE, S. DUSOLLIER et R. QUECK, *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber amicorum Yves Poullet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 715-746.

<sup>43</sup> Arrêt précité, § 107.

<sup>44</sup> Voy. en particulier les observations de l'European Information Society Institute (arrêt précité, § 114).

<sup>45</sup> Arrêt précité, § 175.

<sup>46</sup> Arrêt précité, §§ 176-178. Les juges Sajó et Karakaş ont relevé, dans leur opinion dissidente, que la majorité ne définit pas de manière précise ce qu'il faut entendre par « voyeurisme », terme qui, dans le langage courant, « est défini comme 'la pratique consistant à rechercher un plaisir sexuel en regardant d'autres personnes lorsqu'elles sont nues ou en train de se livrer à des rapports sexuels' ou comme la 'tendance à se repaître de la souffrance ou de la détresse d'autrui' (Oxford Dictionary, Oxford University Press, 2017) » (pt 12, note 7).

détaillée de cet arrêt<sup>47</sup>, on signalera que par le passé, la Cour a considéré que la communication de données techniques relevait du champ d'application de l'article 10<sup>48</sup> et a souligné l'importance de laisser la possibilité au public de définir lui-même le sens à donner à certaines informations<sup>49</sup>. Dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de justice dans le cadre de cette même affaire, l'avocat général avait également affirmé qu'aux fins de la détermination du champ d'application du régime des « seules fins de journalisme », « peu importe – contrairement à certains points de vue – de savoir si les données diffusées sont traitées ou commentées par la rédaction »<sup>50</sup>. En épousant le point de vue de la Cour administrative suprême de Finlande, la Cour de Strasbourg restreint sensiblement la définition large du journalisme qui semblait se déduire de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg.

Adopté à une très large majorité de 15 juges sur 17, le constat de non-violation de l'article 10 n'en est pas moins contestable. L'on invite le lecteur intéressé à lire en intégralité l'opinion dissidente formulée sur ce point par les juges Sajó et Karakaş. Ces derniers mettent notamment en exergue les exigences, inédites dans la jurisprudence de la Cour, que la majorité semble faire peser sur les journalistes quant à la quantité de données qu'il leur serait autorisé de diffuser et la forme que devrait prendre une telle publication. Se pose en effet, tant du point de vue de la prévisibilité que de la nécessité de l'ingérence, la question de savoir à partir de quel seuil la publication de données pourrait être légitimement interdite. Quant à la forme de la publication, et à la condition avancée par la majorité d'une « analyse » des données, les juges dissidents soulignent à bon escient que, suivant une jurisprudence bien établie, la Cour considère qu'il ne lui appartient pas, et pas davantage aux juridictions nationales, de se substituer à la presse dans la définition des techniques de compte-rendu qu'elle souhaite adopter. Les juges dissidents ont également fortement insisté sur la circonstance que les informations publiées par les requérantes « étaient censées être publiques », qu'« elles n'étaient soumises à aucune exigence

<sup>47</sup> Voy. à cet égard notre commentaire Q. VAN ENIS, « Protection des données et liberté d'expression : re(diffusion) de données publiques ne rime pas (toujours) avec activités journalistiques », à paraître 2018 (à paraître).

<sup>48</sup> Cour. eur. D.H., 16 décembre 1992, arrêt *Hadjianastassiou c. Grèce*, § 39 (à propos de la transmission de renseignements militaires secrets d'importance mineure à une société privée). La Cour a souligné à cette occasion que le domaine de l'article 10 « ne se limite pas à certaines catégories de renseignements, d'idées ou de modes d'expression ».

<sup>49</sup> À cet égard, voy. not. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Stoll c. Suisse*, 10 décembre 2007, § 147, où la Cour semble reprocher au requérant, journaliste, de ne pas avoir publié l'intégralité du rapport sur lequel il avait fondé ses articles, ce qui « aurait permis aux lecteurs de se former leur propre opinion ».

<sup>50</sup> Concl. av. gén. КОКОТТ, présentées le 8 mai 2008, préc. l'arrêt précité de la C.J.C.E.

de confidentialité » et que dans la mise en balance à effectuer sur le terrain de l'article 10 de la Convention, « on doit impérativement tenir compte du manque du défaut total de confidentialité et/ou d'intimité personnelle afférent aux informations publiées par des journalistes ».

Saisie sur question préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne avait quant à elle semblé vouloir ménager la chèvre et le chou en adoptant une définition large des activités de journalisme, et, dans le même temps, en insistant sur la nécessité d'apprécier strictement les dérogations et limitations mises en place sur le fondement de la directive, lesquelles « doivent s'opérer dans les limites du strict nécessaire ». Pour sa part, la Cour de Strasbourg a pu valider une définition plus « sélective » du journalisme, lequel ne peut, à son estime, se réduire à la diffusion brute de données, sans apport analytique. Il est vrai également que dans l'intervalle, la Cour de Luxembourg avait elle aussi semblé vouloir resserrer implicitement sa définition des fins de journalisme en refusant le bénéfice à un exploitant de moteur de recherche<sup>51</sup>. On le voit, la seule question de la définition des activités de journalisme, notion présente dans la Directive et reprise dans le texte du RGPD, a animé les débats européens durant près d'une dizaine d'années, sans permettre d'aboutir à une solution nette et tranchée.

<sup>51</sup> Arrêt *Google Spain* précité, § 85 : « (...) le traitement par l'éditeur d'une page web, consistant dans la publication d'informations relatives à une personne physique, peut, le cas échéant, être effectué 'aux seules fins de journalisme' et ainsi bénéficier, en vertu de l'article 9 de la directive 95/46, de dérogations aux exigences établies par celle-ci, tandis que tel n'apparaît pas être le cas s'agissant du traitement effectué par l'exploitant d'un moteur de recherche. Il ne peut ainsi être exclu que la personne concernée soit dans certaines circonstances susceptible d'exercer les droits visés aux articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 contre ledit exploitant, mais non pas contre l'éditeur de ladite page web ». On pouvait ainsi s'interroger sur les véritables différences caractérisant les activités respectives des parties en cause dans les affaires *Satamedia* et *Google Spain*, qui consistaient à chaque fois à faciliter l'accès à des informations disponibles par d'autres biais. Nous avons émis l'hypothèse, dans une étude antérieure, que l'activité en cause dans l'affaire *Satamedia* était caractérisée par une sélection – certes très large – opérée par l'entreprise concernée, au contraire de l'activité d'un moteur de recherche généraliste comme Google qui consiste à ratisser, indexer et référencer automatiquement la quasi-totalité de l'Internet (dans son arrêt *Google Spain*, la Cour a ainsi souligné que le traitement réalisé par l'exploitant d'un moteur de recherche, tel que celui en cause au principal, permet à « tout internaute d'obtenir par la liste de résultats un aperçu structuré des informations relatives à cette personne *trouvables sur Internet* » (§ 80 de l'arrêt, nous soulignons). L'utilisation du terme « divulgation » (« *disclosure* » en anglais) dans l'arrêt *Satamedia* pourrait conforter ce point de vue, ce terme ne se confondant pas avec celui de « communication » ou de « transmission », en ce qu'il suppose une plus grande proximité avec le contenu diffusé qu'un simple relais automatique de l'information. Voy. Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *JEDH*, 2015/2, pp. 178-179, en particulier, note 28.

Relevons à cet égard que si le texte initial proposé par la Commission en 2012<sup>52</sup> reprenait à son compte l'interprétation des activités de journalisme par la Cour de justice, le texte final du RGPD se montre beaucoup moins explicite à leur égard. À ce propos, se pose dès lors la question du sort à réserver, à partir du 25 mai 2018, aux enseignements jurisprudentiels dégagés sous l'empire de la Directive, notamment à propos de la question de la définition des « activités de journalisme ». *A priori*, la référence faite au considérant n° 153 du RGPD à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« Liberté d'expression et d'information ») laisse entrevoir une certaine continuité en la matière, et ce tant du point de vue de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg<sup>53</sup> que de celle de son homologue strasbourgeoise<sup>54</sup>. En effet, par application de l'article 52, § 3, de cette même Charte, le sens et la portée de la garantie consacrée à l'article 11 doit se voir reconnaître un sens et une portée identiques à ceux conférés par l'article 10 de la Convention européenne, et ce, même si le droit de l'Union peut lui accorder une protection plus étendue.

Toujours est-il que loin de dissiper le flou qui pouvait entourer les différentes finalités visées par la Directive, le règlement semble l'accentuer, comme nous le verrons ci-dessous.

---

<sup>52</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), 25 janvier 2012, COM(2012) 11 final, considérant 121 : « (...) Les États membres devraient qualifier de 'journalistiques' les activités ayant pour objet de communiquer au public des informations, des opinions ou des idées, quel que soit le vecteur utilisé pour les transmettre. Il convient de ne pas limiter cette catégorie aux seules activités des entreprises de médias et d'y inclure tant celles qui poursuivent un but lucratif que celles qui n'en poursuivent pas ».

<sup>53</sup> En ce sens, voy. C. ETTELDORF, « 2. Media privilege », in M. CAPPELLO (ed.), *Journalism and media privilege*, IRIS Special, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2017, p. 16 : « (...) the ECJ's case law on Article 9 of the DPD continues to be relevant for the interpretation of the GDPR (...) ». On signalera toutefois que l'arrêt *Satamedia* de la Cour de justice, rendu en 2008, ne fait pas explicitement référence à l'article 11 de la Charte, laquelle a ensuite acquis force obligatoire par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009.

<sup>54</sup> En ce sens, voy. M. JOZWIAK, « The Scale Matters : The ECtHR Grand Chamber Finds That Prohibition of Mass Publication of 'Raw' Taxation Data Does Not Infringe Right to Freedom of Expression », *EDPL*, 2018/1, p. 6.

## SECTION 2. – Une diversité de régimes dans le cadre du RGPD ?

13. Si le paragraphe 1 de l'article 85 prévoit le principe d'une conciliation entre le droit à la protection des données et la liberté d'expression et d'information *en général*, il semble introduire des régimes dérogatoires *spécifiques* en faveur du « traitement à des fins journalistiques » et du traitement « à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire ». Le texte du RGPD paraît en effet concevoir « le traitement à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire » comme un sous-ensemble de l'ensemble des hypothèses dans lesquelles les États pourraient être amenés à prévoir des dispositions dérogatoires de nature à ménager la liberté d'expression, comme en témoigne l'utilisation de l'expression « y compris ». Auparavant, le texte de l'article 9 de la directive, quoiqu'intitulé « Traitements de données à caractère personnel et liberté d'expression » et poursuivant l'objectif de « concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression » ne s'appliquait qu'aux « traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire »<sup>55</sup>.

Le Parlement européen avait semble-t-il abandonné, par le biais d'amendements, tant dans les considérants que dans le texte lui-même, toute référence à la poursuite de finalités spécifiques (« fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire ») reprise dans la proposition de la Commission<sup>56</sup>, se limitant à indiquer l'objectif général de conciliation entre le droit à la protection des données à caractère personnel et « les règles régissant la liberté d'expression »<sup>57</sup>.

Le texte final du RGPD, tout en conservant la référence générale à la liberté d'expression, a quant à lui vu réapparaître la référence à des

<sup>55</sup> Dans ses conclusions présentées dans le cadre de l'affaire *Satamedia*, déjà évoquée, l'avocat général Kokott avait souligné, pour en appeler à une définition restrictive du champ d'application du régime dérogatoire prévu à l'article 9 de la Directive, que « les États membres ne sont pas obligés de concilier la liberté d'expression et la protection de la vie privée *exclusivement dans le cadre de l'article 9 de la directive 95/46*. Ils peuvent également se fonder sur d'autres dispositions, étant donné que la directive, de manière globale, accorde la marge de manœuvre nécessaire aux États membres lors de l'adoption des mesures de transposition, qui peuvent être adaptées aux différents cas de figure envisageables » (concl. précitées, § 62, nous soulignons).

<sup>56</sup> Proposition précitée de la Commission, art. 80 et considérant n° 121.

<sup>57</sup> Résolution législative du Parlement européen du 12 mars 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), P7\_TA(2014)0212.

finalités spécifiques (« traitement à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire »). Sur ce point, le texte du règlement semble assez proche de la proposition de la Commission dont l'article 80 faisait référence aux « traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire », et le considérant 121 au « traitement de données à caractère personnel à des fins uniquement journalistiques ou aux fins d'expression artistique ou littéraire ».

Une référence aux « fins d'expression universitaire » a toutefois été ajoutée dans la version finale du RGPD (voy. *infra* à cet égard), tandis que celle relative au caractère exclusif des différentes finalités visées a été supprimée, puisque ces dernières ne sont désormais plus précédées de l'adjectif « seules » dans le texte de l'article 85. L'avenir permettra de déterminer les conséquences juridiques précises de cette suppression. On rappellera à cet égard que la Cour de Strasbourg a particulièrement insisté sur cet adjectif dans son arrêt de grande chambre rendu dans l'affaire *Satamedia*, avant de conclure que l'exclusion des sociétés requérantes du bénéfice du régime dérogatoire applicable aux activités de traitement de données exercée aux « seules » fins de journalisme n'emportait pas violation de l'article 10 de la Convention<sup>58</sup>. On ne saurait exclure l'hypothèse qu'il ne s'agisse là que d'un changement de pure forme, dans la mesure où le considérant n° 153 fait référence au « traitement de données à caractère personnel *uniquement* à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire »<sup>59</sup>. Il est toutefois possible que l'adverbe « uniquement » vise à distinguer le régime spécifique applicable aux « fins journalistiques » et aux « fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire » du régime général de conciliation entre la protection des données et la liberté d'expression.

La superposition de régimes gigognes au sein de l'article 85 du RGPD pourrait avoir pour conséquence paradoxale de mettre en place un régime apparemment plus précis s'agissant des hypothèses spécifiques listées au paragraphe 1 et explicitées au deuxième paragraphe de cet article, ce qui semble laisser croire que les États disposeraient d'une plus grande latitude pour faire échapper les traitements de données simplement justifiés par la liberté d'expression et non par les hypothèses spécifiques expressément prévues.

<sup>58</sup> Voy. l'arrêt *Satamedia* précité, § 176 (*cf. supra*). La C.J.C.E. y avait aussi fait référence dans son arrêt rendu sur question préjudicielle dans le cadre de la même affaire (*cf. supra*).

<sup>59</sup> La proximité apparente avec la formulation retenue par la Directive est plus nette dans la version anglaise du considérant n° 153 où est utilisé l'adverbe « *solely* », lequel servait dans l'article 9 de ladite directive à désigner les « seules » finalités visées par cette disposition.

14. Par ailleurs, pas davantage que les « fins journalistiques » et les « fins d'expression artistique ou littéraire », les « fins d'expression universitaire » – qui ne figuraient pas dans le texte de la directive – ne se trouvent définies dans le RGPD, ce qui semble laisser une large place à l'interprétation.

En Belgique, en son temps, s'écartant de l'avis du Conseil d'État qui l'avait invité à délimiter précisément les activités qui pouvaient relever du journalisme, de l'art ou de la littérature, le législateur avait choisi de traiter de manière identique les trois catégories de finalités que prévoyait la directive, eu égard aux risques de chevauchement et de détournement qui auraient immanquablement surgi si un régime distinct avait été prévu pour les finalités littéraires et artistiques : « Il faut en effet éviter que le responsable du traitement puisse, de façon artificielle, prétendre relever du régime le plus avantageux et susciter de la sorte une discussion insoluble sur ce qui relève précisément des buts littéraires, journalistiques ou artistiques »<sup>60</sup>. Les travaux préparatoires citent l'exemple du journaliste qui écrirait une œuvre de fiction visant des personnages réels et identifiables dont seuls les noms seraient fictifs. Du reste, les trois catégories visées semblent se soustraire à toute tentative de délimitation précise. Ainsi a-t-on relevé à juste titre qu'« un journaliste pourrait se spécialiser dans un sujet en vue de publier un livre ou qu'un acteur pourrait réunir des données sur des personnes à des fins satiriques »<sup>61</sup>.

Dans un arrêt du 10 octobre 2012, la Cour constitutionnelle belge semble également avoir adopté une lecture globalisante des différentes finalités listées par le texte implémentant la directive en considérant que les personnes qui exercent une activité journalistique, artistique ou littéraire sont dispensées de l'obligation d'information « en considération de l'activité qu'elles déploient et qui a trait (...) à *l'information du public ou à la vie culturelle*. L'atteinte à la protection de la vie privée qu'implique [cette dispense] peut légitimement avoir été considérée comme nécessaire par le législateur en raison des droits et des intérêts fondamentaux qui sont en cause »<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Projet de loi transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, exposé des motifs, *Doc. parl.*, ch. repr., sess. ord., 1998-1999, n° 49-1566/1, p. 19.

<sup>61</sup> Projet de loi transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, rapport fait au nom de la Commission de la Justice par L. WILLEMS et R. LANDUYT, 5 novembre 1998, *Doc. parl.*, ch. repr., sess. ord., 1998-1999, n° 49-1566/10, p. 79.

<sup>62</sup> C. const., 10 octobre 2012, n° 116/2012, B.5.

En France, sous l'empire de la directive, un régime légal distinct avait été mis en place respectivement à l'égard des fins de journalisme, d'une part, et des fins d'expression littéraire ou artistique, d'autre part, la poursuite des premières étant réservées à « *l'exercice, à titre professionnel, de l'activité de journaliste, dans le respect des règles déontologiques de cette profession* »<sup>63</sup>. Comme l'écrit un auteur, dans l'Hexagone, « le caractère professionnel est donc déterminant, ce qui écarte les pratiques du journalisme amateur, avec toutes les difficultés de qualification et de délimitation de frontière que cela peut poser »<sup>64</sup>.

15. On le voit, la formulation retenue par le RGPD laisse planer de nombreuses incertitudes. Non seulement, le texte du règlement reste en défaut de fournir la moindre indication sur les finalités spécifiques qu'il énonce, mais il semble impliquer qu'il existe d'autres hypothèses d'exercice de la liberté d'expression que le journalisme et l'expression universitaire, artistique ou littéraire qui pourraient justifier un aménagement au regard des règles qu'il instaure.

La seule indication résulte du considérant 153 du RGPD qui, dans la droite ligne d'un enseignement dégagé par la Cour de Justice sous l'empire de la directive, rappelle que « pour tenir compte de l'importance du droit à la liberté d'expression dans toute société démocratique, il y a lieu de retenir une interprétation large des notions liées à cette liberté, telles que le journalisme ». Rien n'est dit des autres finalités.

La référence à « *l'expression universitaire, artistique ou littéraire* » en comparaison avec la formulation plus large des finalités journalistiques pourrait indiquer que seule la phase expressive serait protégée dans ce cadre, ce qui serait évidemment difficilement explicable puisqu'une diffusion de données à caractère personnel ne se conçoit pas sans collecte préalable de ces données. On rappellera qu'en son temps, la Cour européenne des droits de l'homme avait refusé de considérer que les chercheurs universitaires se trouvaient dans une situation similaire à celle des journalistes, en rejetant l'idée d'un droit pour les premiers de préserver l'anonymat des participants à une étude scientifique et dont les contours auraient pu se calquer sur le droit à la protection des sources journalistiques, solidement arrimé à la jurisprudence strasbourgeoise<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Art. 67 de la loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (souligné par nous).

<sup>64</sup> N. MALLEY-POUJOL, « Les traitements de données personnelles aux fins de journalisme » in *Les nouvelles frontières de la vie privée, Légicom*, n° 43, 2009/2, p. 74.

<sup>65</sup> Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Gillberg c. Suède*, 3 avril 2012. Voy. à cet égard notre étude, Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., pp. 606-610, n°s 474-477.

16. L'ajout de « l'expression universitaire » parmi les finalités spécifiques justifiant d'un régime adapté, intervenu en fin de processus législatif, est pour le moins sibyllin. À la rigueur, une référence à l'article 13 de la Charte qui consacre la liberté des « arts », de « la recherche scientifique » et la « liberté académique » aurait eu le mérite d'ancrer le règlement dans les dispositions de droit primaire, même si ces libertés semblent se soustraire à toute tentative de définition précise et demeurent difficiles à caractériser au sein de l'ensemble plus vaste de la liberté d'expression dont elles dérivent<sup>66</sup>. Au vu de la définition relativement large des fins de journalisme adoptée par la Cour de justice (*cf.* ci-dessus), on peine à distinguer ce qui pourrait faire la substance de l'expression universitaire. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs déjà clairement fait valoir que les propos d'académiques qui s'exprimaient dans la presse « à l'instar de ceux de toute autre personne se trouvant dans une situation comparable, doivent être assimilés à ceux d'un journaliste et jouir de la même protection sous l'angle de l'article 10 de la Convention »<sup>67</sup>.

## CHAPITRE 4. La grande latitude laissée aux États sur la mise en œuvre du régime dérogatoire

### SECTION 1. – La large marge d'appréciation laissée aux États membres

17. La rédaction de l'article 85 du RGPD, lu en combinaison avec le considérant 153, donne à penser que les États sont libres de concilier la liberté d'expression et d'information, *en général*, avec le droit à la protection des données mais sont tenus, *dans le cadre du traitement de données à caractère personnel uniquement à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire*, de « prévoir des dérogations ou des exemptions à certaines dispositions du (...) règlement », à tout le moins, dans ce dernier cas, « si celles-ci sont nécessaires ».

---

<sup>66</sup> Voy. not. C. ROMAINVILLE, « La liberté académique devant la Cour européenne des droits de l'homme », obs. sous Cour eur. D.H., 27 mai 2014, arrêt *Mustafa Erdogan et al. c. Turquie*, pp. 1021-1051.

<sup>67</sup> Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), 17 juillet 2008, arrêt *Riolo c. Italie*, § 63. Rapp. Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), 1<sup>er</sup> décembre 2009, arrêt *Karsai c. Hongrie*, § 35.

18. Pas davantage que sur la délimitation du champ d'application respectif des différents régimes dérogatoires, le législateur européen ne s'est employé à indiquer quelles dérogations et exemptions précises devraient prévoir les États pour concilier le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données.

La seule précision, apportée par le considérant n° 153, consiste à indiquer que des exemptions et dérogations devraient s'appliquer aux « traitements de données à caractère personnel dans le domaine de l'audiovisuel et dans les documents d'archives d'actualités et bibliothèques de la presse ». Cette indication, loin d'éclairer la portée de l'article 85, engendre également son lot d'incertitudes. Qu'entend-on exactement par « le domaine de l'audiovisuel » ? Pourquoi à l'heure de la convergence technologique a-t-on entendu viser un secteur médiatique particulier<sup>68</sup> ? Cette précision étonne d'autant plus que, comme on l'a souligné, sous l'empire de la directive, la Cour de Justice avait défini les « fins de journalisme » de façon indépendante de l'utilisation d'un support d'expression particulier... Comment faut-il comprendre la référence aux « documents d'archives d'actualité et bibliothèques de la presse » ? Le législateur a-t-il entendu viser les archives de presse accessibles au public ou seulement les archives numériques internes aux médias ? Comment interpréter cette précision au regard de l'article 17, § 3, qui exclut le droit à l'effacement dans la mesure où le traitement est nécessaire à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information ?

19. En définitive, l'article 85 et le considérant n° 153 du RGPD se bornent à indiquer les chapitres par rapport auxquels des exemptions et dérogations devront être mises en place par les États membres, sans indiquer la forme que devraient prendre ces exemptions et dérogations : « Les États membres devraient adopter de telles exemptions et dérogations en ce qui concerne les principes généraux, les droits de la personne concernée, le responsable du traitement et le sous-traitant, le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales, les autorités de contrôle indépendantes, la coopération et la cohérence, ainsi que les situations particulières de traitement des données ».

<sup>68</sup> La directive faisait elle aussi référence, en son considérant 17, aux « traitements de sons et d'images mis en œuvre à des fins de journalisme ou d'expression littéraire ou artistique, notamment dans le domaine audiovisuel », auxquels « les principes de la directive s'appliquent d'une manière restreinte selon les dispositions prévues à l'article 9 ».

Cette absence de précision aura pour conséquence de maintenir la disparité d'approches qui existait sous l'empire de la directive<sup>69</sup>. Le législateur européen en semble parfaitement conscient et en prendre toute la mesure puisque le considérant n° 153 du RGPD prévoit : « *Lorsque ces exemptions ou dérogations diffèrent d'un État membre à l'autre, le droit de l'État membre dont relève le responsable du traitement devrait s'appliquer* »<sup>70</sup>.

En cette matière, le contrôleur européen de la protection des données avait expressément reconnu dans un avis du 22 juin 2011<sup>71</sup> que l'objectif d'atteindre une plus grande convergence entre États membres en matière de protection des données « ne signifie pas que la diversité devrait être exclue systématiquement », soulignant que « dans certains domaines, la flexibilité peut être nécessaire pour préserver des spécificités légitimes, des intérêts publics importants ou l'autonomie institutionnelle des États membres »<sup>72</sup>. Et le contrôleur européen de citer la liberté d'expression parmi « les possibilités d'écarts de mise en œuvre » admises entre États membres<sup>73</sup>. À son estime, la flexibilité prévue par la directive à l'égard des traitements de données réalisés à des fins journalistiques ou à des fins d'expression artistique ou littéraire « apparaît justifiée, sous réserve, bien entendu, des limitations prévues par la charte et la CEDH, étant donné les différentes traditions et les différences culturelles qui peuvent exister dans ce domaine dans les divers États membres »<sup>74</sup>. Toutefois, le contrôleur européen jugeait que le maintien de cette flexibilité ne s'opposait pas à « une éventuelle actualisation de l'article 9 actuel sur la base des évolutions observées sur l'internet »<sup>75</sup>.

20. Que faut-il penser de l'abdication du législateur européen au profit des États membres à propos de la mise en balance entre la protection des données et la liberté d'expression ?

Pour répondre à cette question, il n'est pas inutile d'opérer un rapprochement avec l'évolution récente qu'a connue, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la recherche de l'équilibre

<sup>69</sup> Voy. C. DE TERWANGNE, K. ROSIER et B. LOSDYCK, « Lignes de force du nouveau Règlement relatif à la protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 11.

<sup>70</sup> Nous soulignons.

<sup>71</sup> Avis du contrôleur européen de la protection des données sur la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, intitulée – « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne ».

<sup>72</sup> § 53.

<sup>73</sup> *Ibid.*, § 53.

<sup>74</sup> *Ibid.*, § 53.

<sup>75</sup> *Ibid.*, § 53.

délicat à instaurer entre la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée. De son côté, la Cour de Strasbourg a jadis pu affirmer, s'agissant de la conciliation entre deux droits concurremment consacrés par la Convention, que les autorités nationales sont « en principe mieux placées que le juge européen pour évaluer l'existence ou non d'un 'besoin social impérieux' susceptible de justifier une ingérence dans l'un des droits garantis par la Convention »<sup>76</sup>. Plus récemment, la même Cour a toutefois jugé utile de reprendre la main et de définir de manière précise les critères généraux suivant lesquels les États devraient effectuer le subtil exercice de mise en balance entre les droits consacrés respectivement aux articles 8 et 10 de la Convention, en rappelant également que les États ne jouissaient pas d'une marge d'appréciation illimitée à cet égard. En pratique, suivant cette nouvelle approche de la haute juridiction européenne, « si la mise en balance à laquelle ont procédé les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis dans la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes »<sup>77</sup>. Cette évolution semble démontrer l'existence de différentes sensibilités au sein des États de la grande Europe ou de l'Union européenne ne doit pas nécessairement avoir pour conséquence de vouer à l'échec toute tentative d'harmonisation.

À notre sens, et même si l'exercice se révélait délicat, le législateur européen aurait pu aller plus loin dans la recherche d'un plus petit dénominateur commun entre les différents États membres. Il semble que certaines dérogations aux dispositions du RGPD soient difficilement contournables. On songe par exemple à l'obligation d'information de la personne concernée prévue aux articles 13 et 14 du RGPD. L'avocat général Kokott avait ainsi justement relevé, dans ses conclusions précédant l'arrêt *Satamedia*, qu'« une application stricte de la protection des données pourrait sensiblement restreindre la liberté d'expression. Ainsi, le journalisme d'investigation serait largement exclu, si les médias ne pouvaient traiter et publier les informations à caractère personnel qu'après accord ou information des intéressés »<sup>78</sup>.

Une plus grande harmonisation n'aurait pas été inutile lorsque l'on connaît la manière dont les médias européens tendent aujourd'hui à

<sup>76</sup> Cour eur. D.H. (GC), 29 avril 1999, arrêt *Chassagnou et autres c. France*, § 113.

<sup>77</sup> Voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêts *Van Hannover c. Allemagne (n° 2)* et *Axel Springer AG c. Allemagne*, précités, respectivement §§ 104 et s. et §§ 85 et s.

<sup>78</sup> Conclusions précitées, § 43.

rassembler leurs forces vives pour enquêter sur certains sujets transnationaux<sup>79</sup> ou à s'allier dans le but de permettre un échange d'articles<sup>80</sup>.

21. La particularité de l'article 85 est de prévoir une obligation pour les États membres d'instaurer un régime dérogatoire s'agissant du traitement réalisé à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire et une obligation corrélative de notifier les dispositions dérogatoires à la Commission (voy. ci-dessous), mais sans donner aucune indication sur la forme de ce régime et en laissant les États membres juges de la nécessité de ces dérogations et exemptions.

Par ailleurs, compte tenu de l'absence presque totale d'indications quant au contenu des dispositions dérogatoires attendues des États membres, on peut s'étonner de la multiplication des notions utilisées à l'article 85, non définies par ailleurs, lesquelles semblent induire l'existence de régimes dérogatoires particuliers, peut-être dictés par des besoins spécifiques liés à l'activité journalistique ou à l'expression universitaire, artistique ou littéraire, mais dont le RGPD ne dit rien.

Certes, la grande latitude laissée aux États membres dans la manière de concilier la liberté d'expression et la protection des données pourrait se trouver limitée *a posteriori* par un contrôle exercé par la Cour de Justice et par la Cour européenne des droits de l'homme mais l'idéal de sécurité juridique aurait été mieux servi par l'adoption de dispositions législatives précises dans le texte du RGPD.

## SECTION 2. – Les précisions que l'on devrait pouvoir attendre de la part des législateurs nationaux

22. À défaut pour le législateur européen d'avoir prescrit la manière de concilier la protection des données et la liberté d'expression, il appartiendra aux États membres d'apporter les précisions nécessaires<sup>81</sup>. Cet

<sup>79</sup> Voy. le réseau d'investigation journalistique « European Investigative Collaborations » qui compte notamment au nombre de ses membres *Le Soir*, *Mediapart*, *Der Spiegel* ou *El Mundo*.

<sup>80</sup> Voy. l'accord LENA (« Leading European Newspaper Alliance ») auquel *Le Soir*, *Le Figaro*, *Die Welt* ou *El País* ont notamment pris part.

<sup>81</sup> Dans une récente communication au Parlement européen et au Conseil, adoptée le 24 janvier 2018, la Commission rappelle que : « *The Regulation is directly applicable in all the Member States. This means that it enters into force and applies irrespective of any national law measures : the provisions of the Regulation can normally be directly relied on by citizens, business, public administrations and other organisations processing personal data. Nevertheless, in accordance with the Regulation, Member States have to take the necessary steps to adapt their*

exercice est important car il s'agit d'assurer une prévisibilité juridique essentielle à l'exercice de la liberté d'expression. On soulignera que dans un arrêt rendu en 2011, la Cour européenne des droits de l'homme a pu considérer que l'exigence de légalité, première condition énoncée à l'article 10 de la Convention s'agissant de l'admissibilité de restrictions dans la liberté d'expression, était aussi « la plus importante »<sup>82</sup>. Compte tenu de la grande latitude laissée aux États membres par le texte européen, qui, en dépit de sa nature de « règlement », se borne en substance à prévoir le principe d'une mise en balance entre droits fondamentaux, il ne nous paraît pas exclu que la responsabilité d'un État membre puisse être mise en cause devant la Cour européenne des droits de l'homme à défaut pour cet État d'avoir édicté des règles précises en la matière<sup>83</sup>.

En Belgique, à l'époque de la transposition de la directive, d'aucuns souhaitaient s'en tenir à une reprise littérale des termes du texte européen afin de laisser le soin au juge d'assurer la pondération des intérêts. Pour sa part, le législateur s'était rangé à l'avis du Conseil d'État qui avait préconisé une analyse plus fouillée de la façon dont la liberté d'expression pouvait être affectée par l'application du dispositif légal<sup>84</sup> : « Rien ne détruit mieux ni plus sûrement la liberté d'un homme que l'incertitude dans laquelle on le laisse sur les conséquences de ses actes »<sup>85</sup>. De la même manière, la Commission de la protection de la vie privée s'était montrée favorable à ce que « le législateur belge examine très attentivement dans

---

*legislation by repealing and amending existing laws, and setting up national data protection authorities, choosing an accreditation body and laying down the rules for the reconciliation of freedom of expression and data protection » (COM(2018) 43 final, pt 3.1.). Nous soulignons.*

<sup>82</sup> Cour eur. D.H. (5<sup>e</sup> sect.), 5 mai 2011, arrêt *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, § 51.

<sup>83</sup> Selon le principe posé par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* (arrêt de grande chambre du 30 juin 2005, § 157), confirmé notamment dans un arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (arrêt de grande chambre du 21 janvier 2011, § 388), « un État demeure entièrement responsable au regard de la Convention de tous les actes ne relevant pas strictement de ses obligations juridiques internationales, notamment lorsqu'il a exercé un pouvoir d'appréciation ».

<sup>84</sup> Voy. C.E., avis du 2 février 1998 sur un avant-projet de loi transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *Doc. parl.*, ch. repr., sess. ord., 1998-1999, n° 49-1566/1, pp. 86-252, ici pp. 172-192. Aux yeux de la section de législation du Conseil d'État, la transposition d'une directive ne pouvait laisser subsister d'ambiguïté quant à son application. Du reste, on ne pouvait se passer d'une véritable « loi » sans violer l'exigence de légalité et de prévisibilité inhérente aux articles 8 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Enfin, la violation de la loi étant sanctionnée pénalement, le principe de légalité imposait une grande précision dans la définition de l'exception.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 186.

quelles situations spécifiques naissent des conflits entre les deux bases légales et prévoit des exceptions très précises et limitatives basées sur une pondération d'intérêts »<sup>86</sup>.

À lire le considérant n° 153 du RGPD, les dérogations et exemptions en matière de traitement de données à caractère personnel uniquement à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire devront faire l'objet de *dispositions législatives*, ce qui semble de nature à rencontrer l'exigence de prévisibilité.

23. Il ne nous appartient pas de dresser ici l'inventaire précis des dispositions du RGPD qui appelleraient des précisions de la part des législateurs nationaux. Ces dernières pourront dans une large mesure être inspirées des législations nationales qui avaient transposé l'article 9 de la directive. Les précisions attendues de la part des législateurs étatiques devraient principalement porter sur certaines des nouveautés instaurées par le règlement.

Sans prétention à l'exhaustivité, il nous paraît important de veiller à ce que les larges pouvoirs de contrôle accordés par le règlement aux autorités nationales de contrôle (art. 57-58 du RGPD) ne puissent compromettre le droit à la liberté d'expression et notamment le droit à la protection des sources journalistiques, au travers d'actes d'enquête (on songe notamment aux perquisitions ou aux saisies), et ce, quand bien même ces derniers n'auraient pas eu pour finalité de rechercher des informations relatives aux sources journalistiques<sup>87</sup>.

Il pourrait également s'avérer utile de préciser que les sanctions prévues au chapitre VIII du RGPD ne pourront être prononcées que dans le respect du principe de proportionnalité, et en tenant dûment compte de l'effet dissuasif qu'elles peuvent entraîner sur l'exercice de la liberté d'expression. Sous l'empire de la directive, la Cour de Justice avait souligné que « s'il est vrai que la protection de la vie privée requiert l'application de sanctions efficaces à l'encontre des personnes traitant des données à caractère personnel d'une manière non conforme à la directive

<sup>86</sup> Commission de la Protection de la vie privée, « Avis relatif à l'avant-projet de loi adaptant la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel à la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données », n° 30/1996, 13 novembre 1996, p. 6.

<sup>87</sup> Voy. à cet égard l'exposé des motifs de la Recommandation n° R (2000) 7 du Comité des Ministres aux États membres sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information, adoptée par le Comité des Ministres le 8 mars 2000, lors de la 701<sup>e</sup> réunion du Comité des Ministres, § 59.

95/46, de telles sanctions doivent toujours respecter le principe de proportionnalité. Il en va d'autant plus ainsi que le champ d'application de la directive 95/46 apparaît très large et que les obligations des personnes qui procèdent à des traitements de données à caractère personnel sont nombreuses et importantes »<sup>88</sup>.

« Compte tenu des finalités du traitement », l'article 16 du RGPD, consacré au droit de rectification, offre à la personne concernée le droit d'obtenir que les données à caractère personnel incomplètes soient complétées, y compris en fournissant une déclaration complémentaire. Suivant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux archives disponibles sur Internet, il nous semble qu'il conviendrait, de façon générale, de faire prévaloir la contextualisation de l'information sur sa suppression ou son retrait<sup>89</sup>. La possibilité introduite par le règlement n'en devrait pas moins être encadrée afin d'éviter des intrusions injustifiées dans le travail de la presse. Il pourrait ainsi être utile de prévoir que cette nouvelle possibilité ne pourrait justifier en toutes circonstances l'octroi à la personne visée par un reportage d'un droit de réplique avant publication<sup>90</sup>.

De façon plus générale, il conviendrait d'asseoir expressément la légitimité du traitement effectué à des fins de liberté d'expression ou à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire en particulier, au-delà des dispositions génériques du RGPD.

Le traitement de données effectué à des fins de liberté d'expression devrait pouvoir trouver son fondement de légitimité, sinon dans l'article 6, § 1, e) (« le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public »), à tout le moins dans l'article 6, § 1, f) (« le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant »).

Par ailleurs, dans le cadre de l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, l'interdiction de principe du traitement portant sur des

<sup>88</sup> Voy. à cet égard l'arrêt *Lindqvist* précité, § 83.

<sup>89</sup> Voy. Cour eur. D.H. (4<sup>e</sup> sect.), 10 mars 2009, arrêt *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n<sup>os</sup> 1 et 2), § 47 ; Cour eur. D.H. (4<sup>e</sup> sect.), 16 juillet 2013, arrêt *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, § 65.

<sup>90</sup> Comp. sur ce point avec l'article 22 du Code de déontologie journalistique, applicable aux médias belges d'expression francophone ou germanophone : « Lorsque des journalistes diffusent des accusations graves susceptibles de porter atteinte à la réputation ou à l'honneur d'une personne, ils donnent à celle-ci l'occasion de faire valoir son point de vue avant diffusion de ces accusations ».

catégories particulières de données à caractère personnel (soit « le traitement de données à caractère personnel qui révèle l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique sont interdits ») devrait pouvoir être levée, soit par le biais d'une dérogation expresse instaurée sur le fondement de l'article 85 du RGPD<sup>91</sup>, soit, au moins, dans certaines circonstances, sur le fondement de l'article 9, § 2, g), du RGPD, un tel traitement pouvant passer pour « nécessaire pour des motifs d'intérêt public important », à condition de respecter le principe de proportionnalité et « l'essence du droit à la protection des données » et que soient prévues « des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée ».

### SECTION 3. – L'obligation de notification

24. En son paragraphe 3, l'article 85 prévoit une obligation de notification à la Commission s'agissant des dispositions adoptées par les États en vertu du deuxième paragraphe de ce même article et s'agissant des dispositions modificatives ultérieures que les États pourraient adopter.

Contrairement à la plupart des hypothèses dans lesquelles le règlement prévoit une obligation de notification de la part des États membres, le RGPD ne prévoit pas que cette notification doit intervenir au plus tard le 25 mai 2018<sup>92</sup>. S'agissant des dispositions modificatives ultérieures, la notification devra intervenir « sans tarder ».

<sup>91</sup> En Belgique, la loi du 8 décembre 1992 prévoyait ainsi, en son article 3, § 3, a), que « [les règles d'interdiction de traitement des données sensibles] ne s'appliquent pas aux traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire lorsque le traitement se rapporte à des données rendues manifestement publiques par la personne concernée ou sur des données qui sont en relation étroite avec le caractère public de la personne concernée ou du fait dans lequel elle est impliquée ».

<sup>92</sup> Comp. art. 51, § 4 (à propos de l'instauration d'une autorité de contrôle indépendante), art. 83, § 9 (à propos des mesures équivalentes à des amendes administratives), art. 84, § 2 (à propos des autres sanctions), art. 88, § 3 (à propos du traitement de données dans le cadre des relations de travail), art. 90, § 2 (à propos des pouvoirs de l'autorité de contrôle à l'égard des responsables de traitement et sous-traitants tenus par une obligation de secret).

L'instauration de cette obligation peut étonner. Dans la majorité des cas, les autres hypothèses dans lesquelles le RGPD prévoit une telle obligation formelle de notification portent sur des obligations précises et concrètes instaurées par le règlement, par rapport auxquelles la nécessité d'un contrôle de la Commission se conçoit aisément. La seule hypothèse similaire est prévue par l'article 88 du RGPD qui autorise les États membres à prévoir des règles spécifiques en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel des employés dans le cadre des relations de travail.

À défaut d'obligations précises concernant la manière d'effectuer la balance entre la liberté d'expression et la protection des données, on peut en effet s'interroger sur le sens de cette obligation de notification. Cette obligation devrait cependant permettre de rencontrer plusieurs objectifs. Elle permettra tout d'abord à la Commission de s'assurer que les États membres ont bien prévu des dérogations et exemptions s'agissant du traitement réalisé à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire. Elle rendra également possible l'exercice par la Commission d'un droit de regard sur la manière dont les États membres tenteront de concilier la liberté d'expression et le droit à la protection des données, ce qui pourrait se révéler intéressant en vue d'une harmonisation plus complète au sein de l'Union européenne. Enfin, elle pourrait faciliter la mise en place par la Commission d'une plateforme centralisée où tout intéressé pourrait trouver dans sa langue des informations précises sur les régimes dérogatoires instaurés par les différents les États membres. Dans la mesure où l'expression par le biais de l'internet risque d'induire l'application de plusieurs régimes nationaux, il ne paraîtrait en tout cas pas superflu que ceux qui usent de leur droit à la liberté d'expression<sup>93</sup> soient à même de comprendre facilement les tenants et aboutissants des régimes nationaux.

## Conclusion

25. L'adoption du RGPD aurait pu être l'occasion de mettre en place une approche harmonisée de la définition du régime dérogatoire et de la

---

<sup>93</sup> Même si le champ d'application de cette ressource informationnelle sera probablement limitée aux dispositions dérogatoires visées à l'article 85, § 3, du RGPD, à savoir les dispositions prises par les États en application de l'article 85, § 2, du RGPD, qui sont seules couvertes par l'obligation de notification à la Commission.

manière de mettre en balance la liberté d'expression et le droit à la protection des données. Cette option n'a pas été privilégiée par le législateur européen.

À rebours de cet objectif d'harmonisation, le texte du nouveau règlement semble avoir complexifié le régime prévalant sous l'empire de la directive, sur lequel la Cour de Justice de même que la Cour européenne des droits de l'homme ont chacune reçu l'occasion de se prononcer. La disposition-clé de l'article 85 du RGPD semble induire l'existence de différents régimes dérogatoires au sein du droit à la liberté d'expression, dont le périmètre sera difficile à circonscrire. Le législateur européen a par ailleurs introduit une nouvelle notion « d'expression universitaire », sans fournir la moindre indication sur ce qu'elle pourrait recouvrir.

Au final, les législateurs nationaux ou, à défaut, les juges nationaux, sous le contrôle de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, seront amenés à délimiter le champ d'application concret du ou des régimes dérogatoires, mais également à apprécier la nécessité de prévoir des « dérogations » et « exemptions » à certaines dispositions visées dans les chapitres du règlement énoncés à l'article 85, § 2.

À défaut d'harmonisation, la nouvelle obligation de notification à la Commission prévue par le RGPD s'agissant du « traitement réalisé à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire » devrait au moins permettre à cette dernière d'assurer une diffusion centralisée d'informations relatives aux régimes dérogatoires prévus par les différents législateurs nationaux.