

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Commercialisation des données détenues par le secteur public et vie privée

Poullet, Yves

Published in:

DCCR : Droit de la consommation = Consumentenrecht

Publication date:

1994

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1994, 'Commercialisation des données détenues par le secteur public et vie privée', *DCCR : Droit de la consommation = Consumentenrecht*, numéro 23, pp. 608-623.

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.

Commercialisation des données détenues par le secteur public et vie privée*

| <i>Sommaire</i> | <i>Inhoud</i> |
|---|---|
| I. Introduction | I. Inleiding |
| II. La légitimité de la commercialisation | II. De wettigheid van de commercialisering |
| A. Les fichiers exclus du champ d'application de la loi | A. De bestanden die buiten het toepassingsgebied van de wet vallen |
| B. Les fichiers interdits | B. De verboden bestanden |
| III. La légitimité de la commercialisation à l'épreuve des principes de la législation de protection de la vie privée | III. De wettigheid van de commercialisering getoetst aan de beginselen van de wetgeving over de bescherming van de persoonlijke levenssfeer |
| A. Le critère des finalités déterminées et légitimes | A. Het criterium van de duidelijk omschreven en wettige doeleinden |
| B. Le critère de proportionnalité | B. Het criterium van de evenredigheid |
| IV. Les conditions de la commercialisation | IV. De voorwaarden voor commercialisering |
| A. L'application des dispositions spécifiques de la loi du 8 décembre | A. De toepassing van de bijzondere bepalingen van de wet van 8 december |
| B. La disposition générale de l'article 2 de la loi du 8 décembre | B. De algemene bepaling van het artikel 2 van de wet van 8 december |
| V. Conclusion | V. Besluit |

* Les opinions exprimées ci-dessus n'engagent que l'auteur et non la Commission de Protection de la Vie privée dont l'auteur est membre.

I. Introduction

1. Un rapport officiel français récent(1) décrivait les banques de données du secteur public comme un « gisement naturel » d'informations convoité par le secteur privé. L'intérêt particulier du secteur privé pour ce gisement s'explique par les caractéristiques mêmes du mode de collecte à l'origine des banques de données du secteur public. Ainsi, il est clair que le caractère obligatoire de la délivrance par les citoyens à l'autorité publique d'informations les concernant explique à la fois la fiabilité de telles données (y compris leur mise à

jour) et l'exhaustivité des banques de données. Bref, les banques de données du secteur public sont considérées comme des fichiers de référence indispensables à la connaissance du marché que celui-ci soit celui des abonnés téléphoniques (annuaire téléphonique), des entreprises (registre de la T.V.A. ou de l'ONSS), des citoyens (registre national ou fichier électoral), des propriétés et propriétaires (registre du cadastre), de telle ou telle catégorie professionnelle (liste des médecins), des automobilistes (registre de la direction des immatriculations) etc.

2. Si de telles qualités des fichiers publics conduisent à leur reconnaître une indéniable valeur économique en particulier pour le secteur du marketing, ces mêmes qualités engendrent une crainte légitime pour la protection des libertés individuelles. Ainsi, la combinaison de données cadastrales, de données relatives à la profession, d'informations relatives aux détentions successives d'automobiles, autant d'indices de richesses, peut permettre de dessiner un profil type de certains citoyens.

Ainsi, pour prendre un autre exemple tiré de la réalité, une entreprise de vente d'installations de sécurité pour immeubles, pourra, grâce à une cession partielle de l'annuaire téléphonique, sélectionner une liste d'abonnés à contacter par téléphone, particulièrement sensibilisés à la question suite à un vol commis dans leur voisinage.

Bref, il importe de s'interroger sur l'application des principes protecteurs de la vie privée à la commercialisation des banques de données du secteur public.

3. Notre réflexion prend appui sur des *textes internationaux*; parmi eux, on signalera les recommandations du Conseil de l'Europe, celle de 1985 relative au marketing direct(2) et celle de 1991 relative au transfert global de fichiers du secteur public à destination du secteur privé(3). En ce qui concerne la Communauté européenne, un projet de directive est soumis en seconde lecture au Parlement européen(4). A propos de ces textes internationaux, la Commission belge de protection de la vie privée note: « ces recommandations et projets de recommandation sectoriels constituent, en effet, dans l'attente de législations ou de réglementations fédérales plus précises, les standards internationaux auxquels doivent se référer les autorités et entreprises des Etats membres ayant adopté, sans réserve, ces recommandations »(5).

Elle se fonde également sur l'analyse de la *législation belge* du 8 décembre 1992 et de son application par la Commission belge de Protection de la Vie privée dans trois avis non encore publiés(6). Elle s'inspire enfin de quelques considérations de droit comparé(7).

Le rapport se divise en deux parties: la légitimité de la commercialisation (le partie) pose la question de principe: peut-on commercialiser des banques de données du secteur public? En cas de réponse positive, la seconde partie

étudie les conditions particulières de cette commercialisation.

II. La légitimité de la commercialisation

Réflexions préliminaires

4. Avant d'aborder les principes généraux relatifs à la légitimité de la commercialisation, il nous paraît nécessaire d'émettre deux réflexions préalables :

- l'une a trait à une disposition explicite de la loi du 8 décembre 1992 : l'article 3 par. 2 soustrait à l'application de celle-ci les traitements relatifs à des données dites publiques;
- l'autre concerne des banques de données particulières dont la commercialisation est a priori interdite.

A. Les fichiers exclus du champ d'application de la loi

5. L'article 3 par. 2 soustrait à l'application de la loi les traitements « portant exclusivement sur des données à caractère personnel qui font l'objet d'une publicité en vertu d'une disposition légale ou réglementaire » ou « dont la personne à laquelle elles se rapportent en fait assure la publicité » pour autant que le traitement respecte la finalité de cette publicité. Au premier type de données, visées par l'article 3 par. 2, correspondraient par exemple les données nominatives du registre du commerce; au second, les données reprises dans l'annuaire téléphonique.

6. A propos de la notion de données publiques par la volonté de la loi ou de la réglementation, il est évident qu'il ne peut être question de déduire de la nature publique du titulaire d'un registre, le caractère public des données y contenues au sens de la loi de protection de la vie privée. Ce n'est que dans la mesure où la loi ou la réglementation organisent la publicité du contenu du registre qu'on pourra parler de traitement de données nominatives qui font l'objet d'une publicité. Le fait que la future loi relative à la publicité de l'administration⁽⁸⁾ autorise la consultation de tout document administratif, hormis les documents portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique⁽⁹⁾, et dès lors rend a priori publics la plupart des fichiers de l'Etat, n'empêche pas l'application des dispositions de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée. Il semble en effet que la dispense légale prévue par l'article 3 par. 2 ne vise que des traitements « dont la publicité est organisée par une loi ou une réglementation particulière et spécifique »⁽¹⁰⁾. L'article 6 du projet de loi prévoit d'ailleurs expressément la soumission des fichiers de l'administration aux impératifs de la loi relative à la vie privée en assortissant d'ailleurs le principe d'une exception non prévue par cette dernière loi. « L'autorité administrative rejette en effet la demande dans la mesure où la consultation ou la communication d'un document ou d'une information... concerne la vie privée d'une personne, à moins que et dans la mesure où celle-ci a autorisé par écrit la consultation des dits docu-

ments ou informations ».

En d'autres termes, le vote du projet de loi relatif à la publicité de l'administration pourrait modifier légèrement la situation actuelle puisque même si les banques de données publiques même rendues accessibles par la loi restent soumises à la législation du 8 décembre 1992, il n'empêche que le consentement du fiché permettrait à l'administration de révéler les données nominatives⁽¹¹⁾.

7. Quant aux données rendues publiques par la volonté du fiché, le traitement de telles données ne sera exempté de la loi que s'il respecte la finalité d'une telle publicité. Reprenons l'exemple de l'annuaire téléphonique. Il est évident que cet annuaire échappe à la loi dans la mesure où le traitement répond à la finalité de la publicité à laquelle l'abonné a consenti. L'abonné souhaite en effet que son nom figure dans l'annuaire pour que chaque personne puisse, à partir de son nom et de son adresse, le contacter par la voie téléphonique. La commercialisation de l'annuaire dans la mesure où elle permet à certaines entreprises de cibler une clientèle accessible par la voie téléphonique à partir d'un nom de rue ou de tout autre critère ne répond plus à cette finalité originelle. Ce traitement tombe dès lors sous le champ d'application de la loi.

8. Enfin, qu'il s'agisse du premier type de données ou du second type de données, tout enrichissement de la banque de données par des données qui ne font l'objet d'aucune publicité soit réglementaire, soit volontaire, entraîne l'application de la loi. Ainsi, si une entreprise reprend la liste des personnes inscrites au registre de commerce et ajoute à cette information, une information supplémentaire telle que la mention de la voiture des personnes inscrites, la loi s'appliquera à cette banque de données comprenant une plus-value informationnelle.

B. Les fichiers interdits

9. A l'opposé des fichiers précités qui ne font l'objet d'aucune protection légale sur base de la loi de protection de la vie privée, d'autres fichiers se voient interdits toute commercialisation.

Mentionnons quelques cas exemplaires :

- le registre national dont la loi du 8 août 1983⁽¹²⁾ organisant un registre national des personnes physiques restreint sévèrement l'accès;
- les registres de population (ou fichiers électoraux) et le registre des étrangers qui selon l'article 6 de l'arrêté royal du 16 juillet 1992 modifié par l'arrêté royal du 2 juillet 1993⁽¹³⁾ ne peuvent être communiqués à des tiers sous réserve d'exceptions strictement délimitées⁽¹⁴⁾;
- les registres enregistrant les incidents de paiement, registres réglementés par la loi du 12 juin 1991 relative aux crédits à la consommation⁽¹⁵⁾, modifiée par la loi du 6 juillet 1992.

III. La légitimité de la commercialisation à l'épreuve des principes de la législation de protection de la vie privée

A. Le critère des finalités déterminées et légitimes

10. L'article 5 de la loi belge de protection de la vie privée consacre le principe de finalités déterminées et légitimes comme critère essentiel d'admissibilité des traitements de données(16).

Sur cette base, les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement doivent être « enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne peuvent être utilisées de manière incompatible avec ces finalités »(17). Par ailleurs, les informations enregistrées doivent être adéquates et pertinentes par rapport aux finalités poursuivies.

La diffusion commerciale des données que le secteur public détient entre rarement dans les finalités initialement définies pour justifier la collecte et le traitement de ces informations par l'administration(18). Ainsi, le fichier des immatriculations automobiles détenu par la direction des immatriculations de véhicules (DIV) répondait clairement lors de sa création en 1953, à la volonté d'améliorer la sécurité routière. Une telle finalité légitime certes la communication de données du fichier de la DIV aux administrations judiciaires de police et de sûreté tant sur une base individuelle que de façon globale et ce pour l'accomplissement des missions légales de ces administrations. La même finalité justifie la communication d'informations :

- aux autorités administratives chargées de missions de police et de sûreté;
- aux entreprises d'assurance à la fois pour la vérification de la prise d'assurance et pour assurer la poursuite en cas d'accidents de la circulation;
- aux entreprises automobiles pour des opérations de rappel de voitures automobiles atteintes d'un vice.

Au-delà de ces communications, que penser de la communication par la DIV des données nominatives du registre et ce à des fins de marketing direct ? Il s'agit sans aucun doute d'une finalité différente qui n'est certes pas à exclure a priori. Ainsi, les cas français et luxembourgeois admettent que la finalité naturelle du fichier des immatriculations décrite ci-dessus, se double d'une autre finalité, à savoir la promotion des activités du secteur automobile(19).

Les mêmes réflexions peuvent être faites mutatis mutandis aux banques de données d'enseignants que constitueraient les Communautés aux fins d'assurer une gestion administrative plus aisée(20). La commercialisation de telles données par exemple auprès d'éditeurs d'ouvrages scolaires représente certes un traitement à finalité différente de celle originale. Que penser de la légitimité d'un tel changement de finalité ?

11. Les réponses varient suivant les législations. Ainsi, la législation allemande(21) stipule qu'un transfert de données nominatives vers le secteur privé ne peut avoir lieu que dans deux hypothèses :

- s'il entre dans la mission légale de l'autorité publique;
- si, outre l'intérêt de l'administration, le destinataire a un intérêt légitime à recevoir les données et si aucune atteinte à des intérêts dignes de protection de la personne concernée n'est manifestement à craindre. Le projet de directive européenne(22) oblige de même cette pondération d'intérêts entre ceux, d'une part, de l'administration et du destinataire et ceux, d'autre part, de la personne fichée. Pour reprendre l'exemple de la commercialisation des listes d'enseignants, on pourrait, selon ce critère, défendre l'idée que la cession à des éditeurs scolaires qui n'attende pas à l'intérêt des enseignants mais au contraire peut correspondre à l'intérêt de ces derniers serait dès lors légitime(23).

L'article 2.2 de la Recommandation n°R(91)10, déjà citée, admet de manière très souple la nouvelle finalité du traitement que constitue sa commercialisation : « Les données à caractère personnel ne doivent pas être communiquées à des tierces personnes pour des fins incompatibles avec celles pour lesquelles les données ont été collectées ».

12. L'examen de l'article 5 de la loi belge permet-il d'aboutir à de semblables conclusions ? Le texte de l'article 5 oblige à procéder en réalité à deux analyses correspondant chacune aux deux phrases de cet article(24) : la première, conduit à s'interroger sur la *conformité* du traitement à des finalités qui, selon la loi, doivent être *déterminées et légitimes*; la seconde, concerne la règle dite de *proportionnalité* (étudiée ci-après, infra n° 16), qui précise que le traitement doit être *adéquat et pertinent* par rapport aux finalités ci-dessus définies.

Ainsi, la première partie de l'article 5 exige que les finalités soient déterminées et légitimes. Dans un avis récent non encore publié, la Commission de protection de la vie privée estime que la finalité nouvelle que représente la commercialisation des données doit être légitimée par une décision légale ou réglementaire, celle-ci se devant par ailleurs de préciser les objectifs des nouveaux traitements : « La Commission rappelle toutefois que le critère de finalité impose de définir, de façon suffisamment précise, les finalités d'un traitement et qu'en l'absence d'une finalité définie, celle-ci ne saurait justifier un transfert de données ». « Il n'appartient pas à la Commission de décider si une telle finalité peut être attribuée. La définition des finalités, dans le secteur public, doit être l'œuvre du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, agissant en vertu de la loi. La tâche de la Commission se limite à contrôler la façon dont les pouvoirs publics ont fait usage de la marge d'appréciation qui leur est propre ».

13. L'intervention du pouvoir législatif ou exécutif doit ainsi légitimer la nouvelle finalité que constitue la commercialisation des données dans le chef d'une administration.

Peut-on admettre d'autres sources de légitimité? L'expression lapidaire de la Commission pourrait le laisser penser. Plusieurs arguments permettent cependant d'en douter. Premièrement, les travaux préparatoires de la loi ont rejeté l'idée, sauf en matière de données dites sensibles (les données de l'article 6) dans le secteur public, que la création d'un traitement ne puisse se faire de par un acte du législatif ou en vertu d'une loi(25).

La prise en considération des circonstances de l'avis de la Commission permet également de relativiser la portée de l'assertion. En l'occurrence, c'est à l'occasion de la connexion d'un fichier public au registre national que le problème de la commercialisation du fichier public a été posé. Cette particularité obligeait la Commission à reprendre la jurisprudence bien établie de son prédécesseur, la Commission consultative qui à propos de la diffusion des données cadastrales, dans le même contexte de connexion du cadastre avec le registre national, avait affirmé(26) :

« Pour que l'utilisation, dans des relations avec des tiers, de données reçues par l'intermédiaire du Registre national puisse être autorisée, il est requis en premier lieu que cette utilisation soit destinée à l'accomplissement d'une mission conférée par ou en vertu d'une loi ou d'un décret.

En outre, il est exigé que cette utilisation poursuive l'accomplissement d'un but légitime et qu'elle constitue un moyen adéquat et pertinent pour atteindre ce but.

Par ailleurs, l'utilisation doit être limitée à ce qui est strictement nécessaire pour remplir la mission visée à l'intérêt public qui est servi en donnant connaissance des données à des tiers doit prévaloir sur le droit de la personne concernée au respect de sa vie privée ».

Enfin, troisième argument, on note que dans l'avis non publié auquel nous nous référons, la Commission reprend à son compte la nécessité de procéder à l'examen de pondération des intérêts auquel son prédécesseur fait également référence dans le dernier alinéa cité ci-dessus. La Commission estime en effet :

« il ne suffit pas que le transfert de données à un tiers serve l'intérêt public, en l'espèce par la promotion de l'intérêt légitime de ce tiers. Il faut encore, pour que ce transfert soit compatible avec le respect de la vie privée des personnes concernées, que dans la balance des intérêts en jeu, l'intérêt public servi par un tel transfert prédomine le droit des personnes concernées au respect de leur vie privée; en d'autres mots, l'intérêt du tiers doit prévaloir sur les risques encourus par les personnes concernées du fait du transfert des données ».

Ce critère de légitimité(27) oblige à prendre en considération l'étendue et les modalités de la communication conforme aux finalités du fichier. La

Commission estime, en effet, que « la communication ne peut excéder les limites fixées par l'intérêt légitime poursuivi par le destinataire et doit être opérée dans des conditions garantissant le fiché contre des atteintes disproportionnées à sa vie privée ». Nous reviendrons sur cet attendu lors de notre analyse de la règle de proportionnalité.

On peut dès lors s'interroger : à défaut d'une modification législative ou réglementaire (nécessaire en tout cas s'il y a connexion du fichier public avec le registre national) ne peut-on admettre, comme le modèle allemand et européen le propose, que l'examen de la pondération d'intérêts puisse suffire pour légitimer la commercialisation? Il nous paraît que oui(28).

14. Quoi qu'il en soit, à défaut de modification par le pouvoir législatif ou exécutif, l'administration peut refuser de créer des traitements répondant à des finalités nouvelles même en cas de demandes légitimes venant de tiers et s'en tenir strictement à celles découlant de la nature même des missions légales ou réglementaires qui lui sont confiées. C'est ainsi que le comité de surveillance de la banque de données carrefour s'est à plusieurs reprises opposé à la diffusion de listes de médecins estimant que cette communication ne répondait pas à la finalité de sa mission légale(29). On peut s'interroger sur le maintien de ce principe lorsque le projet de loi relatif à la publicité de l'administration obligera les fichiers publics à devenir transparents et à répondre aux demandes d'accès des citoyens et des entreprises.

15. Hormis les hypothèses déjà proposées de légitimité de la commercialisation un avis inédit de la Commission tout récent propose une troisième cause de légitimité : le consentement de la personne concernée. Le fiché peut estimer qu'il est de son intérêt que sa donnée soit communiquée à des tiers. Cette dernière exception ne se déduit pas de la loi du 8 décembre. On en trouve une préfiguration, comme déjà indiqué, dans le projet de loi relative à la publicité de l'administration. Elle est par ailleurs logique. Même si a priori, il peut être affirmé que la commercialisation de données risque de porter atteinte aux intérêts légitimes des fichés, certains d'entre eux peuvent considérer que leur intérêt est servi par cette commercialisation. Ainsi, pour reprendre l'exemple de la commercialisation de fichiers d'enseignants auprès d'entreprises, on peut imaginer que certains enseignants consentent à une telle commercialisation, vu l'intérêt qu'ils peuvent trouver le cas échéant à être sollicités pour un emploi ou pour délivrer une formation au sein d'une entreprise. Autre exemple, la personne qui change d'adresse peut souhaiter que son changement soit communiqué largement par la Poste afin de voir retarder l'acheminement du courrier y compris les sollicitations marketing. Il va de soi que dans de telles hypothèses, le consentement ne peut être implicite mais doit être exprimé de façon claire et en connaissance de cause, c'est-à-dire après information de la finalité nouvelle du fichier.

B. Le critère de proportionnalité(30)

16. La seconde phrase de l'article 5 mérite d'être alignée pour elle-même : « Elles (les données) doivent être adéquates, pertinentes et non excessives par

rapport à ces finalités». La doctrine distingue dans ce second bout de phrase une seconde exigence du principe de finalité, celle de la «proportionnalité»: reconnue la légitimité de la commercialisation, reste à s'interroger sur le contenu commercialisé: seules les données adéquates pertinentes et non excessives par rapport à ces finalités apparaissent pouvoir être retenues. Prenons l'hypothèse de la commercialisation des décisions judiciaires, que leur commercialisation par le Ministère de la Justice soit légitime est incontestable. Faut-il pour autant que le produit commercialisé reprenne de façon complète le nom des parties et permette le tri sur une personne bien particulière. La finalité recherchée, le meilleur accès au droit, ne rend pas nécessaire de telles possibilités de tri ou des données aussi précises qui permettraient, par exemple à une centrale d'employeurs, de connaître le nom de toutes les personnes ayant fait l'objet d'un renvoi pour motif grave.

Autre exemple, la constitution d'une banque de données cadastrale par l'administration implique certainement l'enregistrement de l'origine de la propriété et la date d'acquisition par le propriétaire actuel. Sans doute n'est-il pas adéquat ni pertinent de commercialiser de telles données alors que la finalité légitime à la base de la communication à des tiers est simplement de connaître la situation actuelle de propriété d'un bien immobilier déterminé.

IV. Les conditions de la commercialisation

17. A supposer que la loi du 8 décembre relative à la protection de la vie privée s'applique, nombre de dispositions précises de celle-ci constituent autant de conditions à la commercialisation du fichier public. Ces conséquences de l'application de la loi seront rapidement esquissées. Nous importent plus les réflexions que la CPVP a tirées du principe général de l'article 2 de la loi et qui rejoignent les principes établis notamment par les textes internationaux en matière de marketing direct.

A. L'application des dispositions spécifiques de la loi du 8 décembre

18. Si une administration entend commercialiser son fichier, elle doit en faire préalablement déclaration (art. 17 de la loi) et, lors de la collecte des renseignements auprès du fiché, devra prévenir ce dernier de cette finalité supplémentaire du fichier (art. 4 de la loi)(37). Enfin, ce dernier pourra exiger la rectification d'une donnée erronée ou incomplète (art. 12 de la loi), voire sa suppression auprès de l'administration, mais également auprès des tiers au cas où il y a eu cession des données dans le cadre de la commercialisation.

Enfin, comme la commercialisation constitue en soi un traitement, un responsable ou maître du fichier devra être nommé.

B. La disposition générale de l'article 2 de la loi du 8 décembre

19. L'article 2 stipule que «toute personne a droit au respect de sa vie privée». Cette disposition générale a reçu dans deux avis récents de la Commission une portée très concrète: «La Commission estime en effet que le "droit d'être

laissé en paix", exprimé par l'article 2 de la loi doit conduire au droit du fiché de s'opposer à la communication des données aux tiers ou à exiger l'effacement par ceux-ci d'une donnée préalablement communiquée».

Ainsi, conformément au principe 4.1. de la recommandation n°R/85/20 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, relative à la protection des données utilisées à des fins de marketing direct, en cas de commercialisation, l'administration publique permettra à sa clientèle de refuser selon le cas:

- que les données la concernant soient enregistrées dans des listes de marketing; ou
- à sa demande et sans autre condition, faire effacer ou radier de telles données de toutes ou de certaines listes de marketing détenues par des utilisateurs.

Ainsi, les formulaires de collecte des données que l'Administration propose aux citoyens doivent mentionner non seulement selon l'article 4 l'existence d'une possible commercialisation totale ou partielle des données collectées mais également le droit de ce dernier de s'opposer à cette commercialisation. Le refus du fiché doit pouvoir s'exprimer à la collecte ou à tout moment de la vie du traitement et entraîner l'obligation de l'administration de retirer des listes commercialisées les références au fiché ayant exercé son droit d'opposition. L'obligation s'étendra aux tiers à qui cession de la liste a été opérée.

La recommandation du Conseil de l'Europe citée ci-dessus ajoute en son paragraphe 4.2.:

«Des mesures appropriées devraient être prises afin de permettre à la personne concernée d'exercer ses droits en vertu du paragraphe 4.1. et d'identifier le maître du fichier de marketing.

Le maître du fichier devrait être tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour notifier aux utilisateurs enregistrés en vertu du paragraphe 3.3., que la personne concernée a exercé les droits prévus au paragraphe 4.1. afin que les modifications nécessaires soient apportées aux listes».

20. Pour rendre effectifs les droits du fiché vis-à-vis des tiers auxquels commercialisation est faite, l'article 3.2. de la même recommandation stipule que la mise à disposition de listes de «marketing» à des tiers exige la conclusion d'un contrat précisant les conditions de leur utilisation. En d'autres termes, la rédaction d'un contrat entre l'administration et chacun de ces «clients» désirant disposer des listes serait nécessaire. Les clauses de ce contrat devraient concerner:

- les types d'utilisation des données nominatives;
- la durée de conservation de celles-ci: par exemple interdire la conservation des données au-delà de chaque mise à jour;
- la désignation d'un responsable;
- l'interdiction d'une cession des données par le bénéficiaire à d'autres tiers;
- l'obligation de tenir un répertoire des utilisateurs du fichier ainsi cédé et

des utilisations auxquelles ils ont procédé;

– et, bien évidemment, le respect par ce tiers des prescrits de la législation de protection de la vie privée, comme le rappelle un avis de la Commission de protection de la vie privée.

21. La réclamation d'une redevance est parfois exigée par les Administrations au cas où une personne exige le retrait de son nom de toute liste commercialisée. La commission dans deux avis a estimé que la fixation d'une telle redevance constituait un frein à l'utilisation du droit du fiché à s'opposer à la mention de son nom et que l'exercice de ce droit devait être gratuit.

V. Conclusion

22. Même encouragée par la législation relative à la publicité des actes de l'administration, la commercialisation des données détenues par le secteur public devra répondre aux impératifs de la législation de protection des données. Certes, si l'une pousse à la transparence des fichiers du secteur public, l'autre institue les garanties de confidentialité minimales propres à assurer le respect des libertés des citoyens.

Ces garanties sont de divers ordres : elles concernent la légitimité même de la commercialisation considérée comme un traitement en soi. Selon nous, la commercialisation ne peut être incompatible avec la finalité de création du fichier et ne peut s'opérer que si, soit la loi ou la réglementation prescrit cette finalité, soit il apparaît que cette commercialisation répond à l'intérêt légitime tant de celui qui communique que de celui qui reçoit les données sans mettre en danger les intérêts supérieurs de la personne fichée(32), soit enfin, s'il y a consentement exprès de ce dernier.

La règle de proportionnalité implique que seules les données du fichier, pertinentes pour la commercialisation soient communiquées, à l'exception de toutes les autres, ce qui peut impliquer que la mise à disposition du fichier doit, dans certains cas, interdire certains tris.

Enfin, se trouvent précisées les conditions de la commercialisation. L'administration se doit de déclarer ce nouveau traitement et en informer le fiché, soit lors de la collecte, soit lors du premier enregistrement. Des conventions avec les entreprises destinataires lui permettront de s'assurer que celles-ci respectent les prescrits de la vie privée et fixeront les conditions de leur utilisation des données.

Comme on le voit, les réglementations de la vie privée modèlent de façon essentielle la commercialisation par l'administration de ses données.

Yves POULLET
Directeur du Centre de Recherches Informatique et Droit
(C.R.I.D.) de Namur

Samenvatting

COMMERCIALISERING VAN GEGEVENS IN HET BEZIT VAN DE OPENBARE SECTOR

Openbare bestanden hebben een ontegensprekelijke economische waarde, in het bijzonder voor de marketingsector, maar roepen ook heel wat vragen op over de bescherming van de individuele vrijheden.

In dit artikel tracht Yves Poulet te achterhalen of de beginselen van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van toepassing zijn op de commercialisering van gegevensbestanden van de openbare sector.

Hij steunt zich daarvoor op internationale teksten uitgaande van de Raad van Europa en de Europese Gemeenschap, alsook op de Belgische wet van 8 december 1992 en haar toepassing door de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Ten slotte volgen ook enkele rechtsvergelijkende beschouwingen.

Alvorens de algemene principes te schetsen, bespreekt de auteur de bestanden die buiten het toepassingsgebied van de wet van 8 december 1992 vallen en de bestanden die a priori niet mogen gecommmercialiseerd worden.

Vervolgens toetst de auteur de wettigheid van de commercialisering aan de beginselen van de wetgeving op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In haar artikel 5 weerhoudt de wet het principe van de duidelijk omschreven en wettige doeleinden als essentieel criterium voor de toelaatbaarheid van gegevensverwerking. Persoonsgegevens mogen niet vewerkt of gebruikt worden op een wijze die onverenigbaar is met die doeleinden.

Naast dit eerste criterium is er nog een tweede evenredigheidsvereiste : eens de wettigheid van de commercialisering erkend is, moet men de aard van de gecommmercialiseerde gegevens bekijken. Alleen die gegevens die toereikend, ter zake dienend en niet overmatig zijn schijnen in aanmerking te komen.

In de wet van 8 december 1992 worden een reeks voorwaarden vooropgesteld voor commercialisering van een bestand. Het artikel 2 bepaalt bovendien dat eenieder recht heeft op de eerbied van zijn persoonlijke levenssfeer. De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer heeft deze bepaling een zeer concrete draagwijdte gegeven.

In zijn besluit wijst de auteur er nogmaals op dat de reglementering over de bescherming van de persoonlijke levenssfeer grote invloed uitoefent op de commercialisering van gegevens door de Administratie.

- (1) GAUDRAT, Ph., « Commercialisation de données publiques », Rapport pour l'observation juridique des nouvelles technologies de l'information, Doc. française, 1992.
- (2) Recommandation n° R(85/20) du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (25/10/1985) relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de marketing direct.
- (3) Recommandation n° R(91/10) du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (9/9/1991) relative à la communication à des tierces personnes des données détenues par des organismes publics.
- A noter que ces recommandations découlent de la Convention 108 du Conseil de l'Europe relative à la protection des données, récemment ratifiée par la Belgique.
- (4) Proposition modifiée de directive 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. COM (92) 422 final-SYN 287 (15/10/92).
- (5) Loi relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, M.B., 18/3/1993, 5801.
- (6) Pour des raisons déontologiques évidentes, nous ne donnons aucune indication quant aux destinataires des avis. Il est à noter que ces trois avis ont été émis à la demande de deux entreprises publiques et d'une administration.
- (7) Sur la question en droit comparé, lire BURKERT, H., « From the commercialization of public information to administrative information law », Congrès international de Montréal, Informatique et Droit, 30/9-3/10/1992 et POULLET, Y., « The commercialization of data held by the public sector, C.L.S.R., 1993, 227 et 228.
- (8) Projet de loi relatif à la publicité de l'administration, Ch. Repr., Sess. 1992-93, Doc., 1112/1.
- (9) Il est à noter que l'article 1 définit la notion de document nominatif de la manière suivante : « document administratif portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique nommément désignée ou facilement identifiable, en incluant la description d'un comportement dont la divulgation pourrait lui porter préjudice. Cette définition reprise de la jurisprudence de la CADA française est bien plus restrictive que celle de donnée à caractère personnel, utilisée dans le cadre de la loi de protection des données et qui vise « des données relatives à une personne physique identifiée ou identifiable ». CADA, Guide de l'accès aux documents administratifs, Paris, La documentation française, 1990, 33. V. par ailleurs la solution conforme de l'article 12 par. 1.1 de la loi d'accès danoise, qui soustrait de l'accès public les « informations relatives aux circonstances privées des individus », la portée de l'exception étant évaluée au regard de ce qui est perçu comme sensible par la société en général et non par l'individu concerné en particulier. Ainsi, une donnée cadastrale relative à la situation de propriétaire d'un bien est une donnée à caractère personnel au sens de la loi « Vie privée » mais non une donnée nominative au sens de la future loi « Publicité de l'administration » (à noter les critiques du Conseil d'Etat sur le caractère subjectif de cette dernière définition). Le projet de loi dite « publicité » prévoit (art. 4) que les données nominatives ne peuvent être consultées que par les personnes qui ont un intérêt légitime. Ainsi, par exemple, la donnée « en retard de paiement d'impôt » donnée nominative ne pourra être consultée que par le citoyen en retard de paiement ou les personnes appartenant à son ménage.
- (10) La question de l'impact réciproque de législation « Vie privée » et « Publicité » n'a fait l'objet d'aucune réflexion en Belgique jusqu'à présent. Ceci est regrettable. On sait que des pays étrangers envisagent de façon expresse la question des conflits entre les lois dites Privacy et Transparence. Sur ce conflit, lire DE TERWANGNE, C., « La liberté de l'information », art. à paraître.

- (11) La législation belge relative à la vie privée au contraire de législations étrangères et du projet de directive ne prévoit pas la possibilité pour le fiché de consentir à un traitement. Le projet de directive (art. 1 g) définit comme suit le consentement : « toute manifestation explicite de volonté par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement, à condition qu'elle dispose des informations relatives aux finalités du traitement, aux données et catégories de données sur lesquelles il porte, aux destinataires des données à caractère personnel, ainsi qu'au nom et à l'adresse du responsable du traitement et, le cas échéant, de son représentant; le consentement est libre et spécifique et peut être retiré par la personne concernée à tout moment, sans effet rétroactif ».
- (12) Loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques. Sur cette législation et le commentaire de son application, lire le rapport de la défunte Commission consultative de protection de la vie privée : Cinq années d'activités de la Commission 1984/1989, Document publié à l'occasion des 5 ans de la CCPVP, le 20/9/1989.
- (13) A.R. 16/7/1992, M.B., 15/8/1992, 18.033 modifié par A.R. 2/7/1993, M.B., 16/7/1993, 16.602.
- (14) Ainsi, de façon globale, les partis politiques, les instituts de sondage et pour les données relatives à un citoyen déterminé, les organismes de crédit notamment si les données sont nécessaires aux fins d'exécution ou de poursuite d'une procédure.
- (15) Il s'agit de l'article 71 réglementant la Centrale des crédits à la consommation et accessible aux seules institutions de crédit.
- (16) Sur le caractère essentiel de ce principe dans la loi belge, BOULANGER, M.H., DE TERWANGNE, C. et LEONARD, Th., « La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, la loi du 8 décembre 1992 », J.T., 1993, 377 et sur sa signification, LEONARD, Th., POULLET, Y., « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », in RIGAUX, F., La vie privée, une liberté parmi les autres?, Bruxelles, Larcier, 1992, 240 et s. et spécialement 250 à 270.
- (17) Article 5 de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Cf le principe semblable repris à l'article 5 de notre loi.
- (18) Si tel était le cas, nous serions dans l'hypothèse analysée ci-dessus (supra n°6) à propos des traitements portant sur des données à caractère personnel qui font l'objet d'une publicité en vertu d'une disposition légale ou réglementaire.
- (19) Dans le cadre d'une étude réalisée pour la Commission des C.E. sur la « commercialisation des données du secteur public », étude en voie de publication (il s'agit de l'étude PUBLAW réalisée pour le compte de la Commission européenne DG XIII par le Centre de Recherches Informatique et Droit de Namur, la Gesellschaft für Mathematik und Datenverarbeitung de Köln et le Center for Information Law de la London University. Cette étude sera incessamment publiée), une analyse de la « commercialisation » du registre automobile dans les pays de la Communauté a été proposée. Sans vouloir reprendre l'ensemble de l'analyse, quelques considérations tirées des exemples étrangers apparaissent utiles. Ainsi, des restrictions importantes à l'accès au registre des immatriculations automobiles existent au Danemark, au Luxembourg, au Portugal et en Italie. Ces restrictions sont fondées sur les exigences de confidentialité des données. L'exemple allemand mérite d'être cité. Une loi définit strictement le but du registre (Zentrales Verkehrsinformationssystem (ZEVIS)), les données traitées, les buts ou fondements spécifiques légaux selon lesquels la communication peut être faite et des connexions établies entre fichiers.

Au Luxembourg, la communication des données du registre concernant les cas individuels aux compagnies d'assurance peut avoir lieu lors d'une action en responsabilité. La demande doit être justifiée. De même, les sociétés automobiles peuvent y avoir accès lorsqu'il s'agit pour un constructeur automobile de rappeler des voitures présentant un risque pour la sécurité et ce pour des raisons de sécurité. La demande d'une société de marketing a fait l'objet d'un refus par la Commission luxembourgeoise de protection de la vie privée.

Une délibération de la Commission Nationale Informatique et Libertés en France (CNIL) (Délibération du 7/6/1983, J.O. 25/11/1983) éclaire la position française plus libérale : elle déduit la légitimité des communications des données du répertoire de la finalité même du fichier des immatriculations.

Considérant que « les deux finalités (...) du traitement sont : le suivi des immatriculations du parc de véhicules en circulation et la fourniture d'informations statistiques et nominatives à diverses administrations, dans le cadre de leurs attributions, ainsi qu'aux constructeurs français et à certains importateurs en France; que la fourniture d'informations à ces utilisateurs privés, qui s'inscrit dans le cadre des activités industrielles ou commerciales du secteur automobile, répond à un intérêt général en assurant la promotion d'un secteur clé de l'économie nationale; considérant que l'Etat doit, dans ces conditions, conserver la maîtrise de ses données; qu'à cet effet, il appartient au Ministère de l'Industrie et de la recherche de délivrer des agréments aux utilisateurs privés pour les habiliter à accéder aux données du fichier; que cette procédure constitue une garantie dans la mesure où l'agrément peut être retiré à tout moment, notamment dans le cas de communication des informations à des tiers non autorisés... ». On opposera à ces régimes restrictifs la situation suisse où le registre est accessible à toute personne et ce même à partir d'une donnée comme la plaque d'immatriculation. La situation aux Pays-Bas plus libérale est purement provisoire dans l'attente du vote d'une loi prévue en 1993, qui mettra la réglementation du fichier (le Kentekenregistratie actuellement soumis à la décision du 26/9/1974) en conformité avec la loi du 28/12/1988 relative à la protection de la vie privée (Wet persoonsregistraties). L'exemple hollandais est intéressant. Vu l'impact économique d'une modification trop brutale de la réglementation du fichier des immatriculations automobiles et la complexité du problème, la loi néerlandaise de protection des données instaurait elle-même un régime transitoire d'exception qui permet la continuation des pratiques préexistantes à la loi dans l'attente d'une réglementation particulière.

(20) Cf. à cet égard au plan fédéral, l'A.R. n°141 du 30/12/1982 créant une banque de données relatives aux membres du personnel du secteur public.

(21) Article 10 du Bundesdatenschutzgesetz.

(22) Article 7 f du projet de directive : « il est nécessaire à la poursuite de l'intérêt général, de l'intérêt légitime du responsable du traitement ou du ou des tiers auxquels les données sont communiquées, à condition que l'intérêt de la personne concernée ne prévale pas ».

(23) Sur cette pondération d'intérêts contradictoires, lire POULLET, Y., « Commercialization of Data held by the Public Sector », C.L.S.R., 1993, 3, 228. BURKERT, H., « Privacy in Commercialization of Data held by the EEC » in BURKERT, H., DAVIO, Th., DE TERWANGNE, C., MICHAEL, J. et POULLET, Y., PUBLAW report, EEC DG XIII, 1991 (to be published).

(24) Sur ces distinctions, LEONARD, Th. et POULLET, Y., « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », in RIGAUX, F., La vie privée, une liberté parmi les autres?, Trav. Faculté de Droit de Namur, n°17, Bruxelles, Larcier, 1992, 232 et s., spéc. n°35 et s.

(25) A noter que c'est la position que nous avons personnellement définie in LEONARD, Th. et POULLET, Y., op cit, 225 et s. en affirmant que dans le secteur public, s'appliquaient en particulier les trois règles de légalité, spécialité et de proportionnalité.

(26) Avis 89/079 de la CCPVP. Il s'agissait en l'occurrence du problème de l'accès par différentes professions en particulier les notaires à la banque de données cadastrales du Ministère des Finances. Le même principe a été réaffirmé par l'avis n°90/089 (Cf. Rapport de la CCPVP déjà cité, 22). Dans ces deux affaires, la CCPVP a soigneusement distingué les hypothèses d'accès indirect au registre national soumises à une interdiction de principe de celles d'utilisation dans les relations avec les tiers, de données reçues par l'intermédiaire du registre national. Dans cette seconde hypothèse, l'objectif poursuivi par celui qui a créé à la banque de données connectée au registre national n'est en aucune manière de réaliser ainsi un accès au registre mais concerne bien le contenu de la banque de données elle-même, même s'il profite de la plus grande fiabilité des données due précisément à la connexion au registre national.

(27) Dans cette seconde hypothèse, c'est donc à une pondération d'intérêts contradictoires que l'on assiste, nécessitant, à l'inverse des lois d'accès, que celui qui demande communication de données nominatives justifie la pertinence de l'utilisation de telles données au regard des finalités légitimes qu'il poursuit et l'absence d'intérêt supérieur du fiché à voir protéger ses données (POULLET, Y., op cit, Commercialization of Data held by the Public Sector, C.L.S.R., 1993, 3, 228).

(28)... à moins d'admettre, comme nous l'avions souhaité, mais la loi du 8/12/1992 ne l'exige pas, bien au contraire (cf. note 23bis) que tout traitement dans le secteur public doit nécessairement être l'œuvre du législatif ou de l'exécutif.

(29) Comité de Surveillance près la Banque, Rapport d'activité, 1993, 38 à 43.

(30) A ce propos, pour des applications du principe de proportionnalité au secteur bancaire, le lecteur se référera à la remarquable étude de LEONARD, Th., « Banques et vie privée : deux problèmes d'application de la loi du 8/12/1992 », Droit de l'informatique : enjeux. Nouvelles responsabilités, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, 457 et s.

(31) L'article 4 prévoit en effet une information de la personne concernée auprès de laquelle collecte est faite de l'identité du maître du fichier, de la base légale et réglementaire de la collecte et de la finalité pour laquelle les données recueillies seront utilisées. En l'occurrence, il nous apparaît que deux finalités doivent être mentionnées : celle de gestion interne des données par l'administration et celle de la communication par l'administration à certains tiers. On notera que les lois dans les pays qui nous entourent obligent en outre à préciser le type de tiers à qui les données sont communiquées.

Enfin, on ajoutera que si les données ne sont pas collectées auprès de la personne concernée mais directement auprès de tiers (p. ex. les données concernant les enseignants sont envoyées directement par les établissements scolaires à la Communauté française), le maître du fichier doit, selon l'article 9, informer immédiatement la personne concernée de cette commercialisation lorsqu'un tel traitement excède « la relation entre la personne concernée et le maître du fichier, réglée par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance ».

(32) Cf. supra n°13.