

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La protection des données à caractère personnel en droit européen

Herveg, Jean; Van Gyseghem, Jean-Marc

*Published in:*

Journal européen des droits de l'homme

*Publication date:*

2021

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Herveg, J & Van Gyseghem, J-M 2021, 'La protection des données à caractère personnel en droit européen: chronique de jurisprudence (2020)', *Journal européen des droits de l'homme*, vol. 2020, numéro 1, pp. 52-128.

#### General rights

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

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

#### Take down policy

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

# La protection des données à caractère personnel en droit européen – Chronique de jurisprudence (2020)

## Personal Data Protection in European Law – Column of case-law (2020)

Jean Herveg & Jean-Marc Van Gyseghem<sup>1</sup>

### Résumé

*La chronique analyse la contribution de la Cour européenne des droits de l'homme et des juridictions de l'Union européenne à la protection des données pour l'année 2020.*

*Les arrêts sélectionnés de la Cour européenne des droits de l'homme concernent principalement la consécration d'une forme de droit à l'autodétermination informationnelle, la protection de l'identité des individus, les litiges en matière de filiation, la protection contre la cyberviolence, la protection des empreintes digitales, des photographies et des données et profils ADN, la protection des données médicales, la protection du secret professionnel des avocats, les perquisitions et saisies d'équipements informatiques et électroniques, la protection des données d'utilisateurs de cartes SIM prépayées, la protection de la correspondance en prison et les questions relatives à la liberté d'expression, la vie privée, la réputation et l'honneur. C'est de façon tout à fait délibérée qu'une place certaine a été réservée aux arrêts en matière de protection des empreintes digitales et de données ADN afin de permettre la comparaison entre l'analyse qui en a été faite pour la Macédoine du Nord, le Royaume-Uni et l'Allemagne. La protection*

### Abstract

*The column analyzes the contribution of the European Court of Human Rights and the courts of the European Union to data protection for the year 2020.*

*The selected judgments of the European Court of Human Rights mainly concern the confirmation of a form of informational self-determination right, the protection of the identity of individuals, filiation disputes, the protection against cyber-violence, the protection of fingerprints, photographs and DNA data and profiles, the protection of medical data, the protection of the attorney-client privilege, the search and seizure of computer and other electronic equipment, the protection of prepaid SIM card user data, the protection of prison correspondence, and issues relating to freedom of expression, privacy, reputation and honor. A certain amount of space has been deliberately reserved for the judgments on the protection of fingerprints and DNA data in order to allow for a comparison between the analysis made for North Macedonia, the United Kingdom and Germany. Data protection of prepaid SIM card users and the protection of reputation also received considerable attention because of the singularity of certain*

<sup>1</sup> This work has been done with the financial support from the European Union's Horizon 2020 research and innovation program under Grant Agreements n° 830892 (SPARTA) & 958339 (DENiM). La publication ne reflète que l'opinion de ses auteurs et la Commission européenne ne peut être tenue responsable de l'usage qui en serait fait.

*des données des utilisateurs de cartes SIM prépayées et la protection de la réputation ont également retenu longuement l'attention en raison de la singularité de certaines questions pour la première et de l'importance, en tout cas déjà quantitative, de la seconde.*

*En ce qui concerne la Cour de justice de l'Union européenne, les arrêts concernent principalement la qualité de juridiction au sens de l'article 267 du TFUE, le champ d'application de la directive 2002/58 (directive vie privée et communications électroniques), la confidentialité des communications électroniques face à l'obligation imposée aux fournisseurs de services de communications électroniques de conserver des données relatives au trafic et des données de localisation au profit des services de sécurité et de renseignement, le champ d'application matériel du RGPD, la notion de responsable du traitement, les bases de licéité des traitements de données, le droit à l'information de la personne concernée et la question du transfert de données vers des pays tiers (l'arrêt Schrems II).*

*issues for the former and the importance, at least quantitatively, of the latter.*

*As far as the European Court of Justice of the European Union is concerned, the rulings mainly concern the status of court within the meaning of Article 267 TFEU, the scope of Directive 2002/58 (Directive on privacy and electronic communications), the confidentiality of electronic communications in the face of the obligation imposed on electronic communications service providers to retain traffic and location data for the benefit of the security and intelligence services, the material scope of application of the GDPR, the concept of data controller, the basis for lawfulness of data processing, the data subject's right to information and the issue of data transfer to third countries (the Schrems II judgment).*

## I. La protection des données dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

### A. INFORMATIONS PERSONNELLES ET VIE PRIVÉE

La notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et peut donc englober de multiples aspects de l'identité d'un individu. Elle comprend des informations personnelles dont un individu peut légitimement attendre qu'elles ne soient pas publiées sans son consentement, telles que les informations confidentielles relatives à l'adoption d'un enfant<sup>2</sup>.

Lorsqu'il y a eu compilation de données sur un individu particulier, traitement ou utilisation de données à caractère personnel ou publication du matériel concerné d'une manière ou à un degré dépassant ce qui est normalement prévisible, des considérations de vie privée se posent<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 14 janvier 2020, n<sup>os</sup> 78042/16 et 66158/14, X. et autres c. Russie, § 62.

<sup>3</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 30 janvier 2020, n<sup>o</sup> 50001/12, Breyer c. Allemagne, § 75.

## B. DROIT À L'AUTODÉTERMINATION INFORMATIONNELLE

L'article 8 protège le droit à une forme d'autodétermination informationnelle qui permet aux individus d'invoquer leur droit à la vie privée à l'égard de données qui, bien que neutres, sont collectées, traitées et diffusées collectivement et d'une manière ou d'une façon telle que leurs droits au titre de l'article 8 peuvent être engagés<sup>4</sup>.

## C. PROTECTION DE L'IDENTITÉ

### 1. Révocation de la citoyenneté

La notion de « vie privée » est un concept large qui englobe de multiples aspects de l'identité physique et sociale d'une personne. Bien que le droit à la citoyenneté ne soit pas en tant que tel garanti par la Convention ou ses Protocoles, il ne peut être exclu qu'un déni arbitraire de citoyenneté puisse, dans certaines circonstances, soulever une question au regard de l'article 8 en raison de l'impact d'un tel déni sur la vie privée de l'individu<sup>5</sup>.

Les mêmes principes s'appliquent à la révocation de la citoyenneté déjà obtenue, car cela pourrait conduire à une ingérence similaire – sinon plus importante – dans le droit de l'individu au respect de sa vie familiale et privée. Pour déterminer si une révocation de la citoyenneté constitue une violation de l'article 8, la Cour examine deux questions distinctes : le caractère arbitraire de la révocation et les conséquences de la révocation pour le requérant<sup>6</sup>.

Pour déterminer le caractère arbitraire, la Cour examine si la révocation est conforme à la loi, si elle est assortie des garanties procédurales nécessaires, notamment si la personne privée de sa citoyenneté a eu la possibilité de contester la décision devant des tribunaux offrant les garanties pertinentes, et si les autorités ont agi avec diligence et rapidité<sup>7</sup>.

### 2. Établissement d'un lien de filiation entre un enfant et ses parents d'intention

Le rejet de la demande tendant à la transcription sur les registres de l'état civil français de l'acte de naissance étranger de la troisième requérante en tant qu'il désigne la première requérante comme étant sa mère est constitutif d'une ingérence dans son droit au respect de la vie privée<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> *Ibid.*, § 75.

<sup>5</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 30 janvier 2020, n° 32538/10, *Ahamdov c. Azerbaïdjan*, § 42.

<sup>6</sup> *Ibid.*, § 43.

<sup>7</sup> *Ibid.*, § 44.

<sup>8</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 16 juillet 2020, n° 11288/18, *D. c. France*, § 41.

L'existence d'un lien génétique n'a pas pour conséquence que le droit au respect de la vie privée de l'enfant requiert que la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention, puisse se faire spécifiquement par la voie de la transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant<sup>9</sup>.

Dans la situation où un enfant est né à l'étranger par gestation pour autrui et est issu des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne, le droit au respect de la vie privée de l'enfant requerrait que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale ».

Mais, le droit au respect de la vie privée de l'enfant ne requerrait toutefois pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger. En effet, elle pouvait se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>10</sup>.

Plus généralement, le choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d'intention tombe dans la marge d'appréciation des États. Il n'y a pas de consensus européen en la matière et l'identité de l'individu est moins directement en jeu lorsqu'il s'agit non du principe même de l'établissement ou de la reconnaissance de sa filiation mais des moyens à mettre en œuvre à cette fin<sup>11</sup>.

La nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention valait *a fortiori* lorsque l'enfant a été conçu avec les gamètes du père d'intention et les gamètes de la mère d'intention, et que le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne<sup>12</sup>.

Il résulte de qui précède que, lorsqu'un enfant est né à l'étranger par gestation pour autrui et est issu des gamètes du père d'intention, le droit au respect de la vie privée de l'enfant requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention et entre l'enfant et la mère d'intention, qu'elle soit ou non sa mère génétique. Il en ressort de plus que cette reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention, père biologique, et entre l'enfant et la mère d'intention qui n'est pas la mère génétique peut se faire par d'autres moyens que la transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> *Ibid.*, § 50.

<sup>10</sup> *Ibid.*, § 51.

<sup>11</sup> *Ibid.*, § 52.

<sup>12</sup> *Ibid.*, § 53.

<sup>13</sup> *Ibid.*, § 54.

### 3. *Modification des documents d'identité*

Le droit au respect de la vie privée s'étend à l'identité de genre et au nom des individus, en tant que composantes de l'identité personnelle<sup>14</sup>.

La sauvegarde du principe de l'inaliénabilité de l'état civil, la cohérence et la fiabilité des actes de l'état civil et, plus largement, l'exigence de sécurité juridique sont d'intérêt général et justifient la mise en place de procédures rigoureuses.

La Cour n'a pas à se substituer aux autorités nationales compétentes pour déterminer la politique la plus appropriée en matière de procédures de changement de sexe et de nom. Par conséquent, elle ne remet pas en cause en tant que tel le choix des autorités hongroises de réglementer la reconnaissance juridique du changement de sexe comme un type particulier de procédure de changement de nom effectuée par un officier d'état civil tenant le registre des naissances. Néanmoins, en ce qui concerne la mise en balance des intérêts concurrents, la Cour relève qu'un aspect essentiel de l'identité intime des individus est au cœur de la requête dont elle est saisie car il concerne l'identité de genre d'un individu, domaine dans lequel les États contractants disposent d'une marge d'appréciation étroite<sup>15</sup>.

### 4. *Modification des registres de l'état civil à la suite d'une conversion sexuelle*

Le droit au respect de la vie privée comprend l'identification sexuelle comme un aspect de l'identité personnelle. Cela concerne tous les individus, y compris les personnes transgenres, qu'elles souhaitent ou non commencer un traitement de réassignation sexuelle agréé par les autorités<sup>16</sup>.

L'article 8 s'applique donc à la demande faite par le requérant auprès des juridictions d'obtenir la possibilité de faire modifier les registres d'état civil en raison de sa conversion sexuelle<sup>17</sup>.

La Cour juge le plus souvent approprié d'examiner des allégations liées au refus de réassignation de genre sous l'angle des obligations positives de garantir le respect de l'identité sexuelle des individus<sup>18</sup>.

En ce qui concerne la mise en balance des intérêts concurrents, la Cour a souligné l'importance particulière que revêtent les questions touchant à l'un des aspects les plus importants de la vie privée, soit le droit à l'identité sexuelle, domaine dans lequel les États contractants jouissent d'une marge d'appréciation restreinte<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 16 juillet 2020, n° 40888/17, *Rana c. Hongrie*, § 24.

<sup>15</sup> *Ibid.*, § 39.

<sup>16</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 9 juillet 2020, n° 41701/16, *Y.T. c. Bulgarie*, § 38.

<sup>17</sup> *Ibid.*, § 39.

<sup>18</sup> *Ibid.*, § 61.

<sup>19</sup> *Ibid.*, § 63.



La Cour admet pleinement que la préservation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, de la garantie de la fiabilité et de la cohérence de l'état civil et, plus largement, de l'exigence de sécurité juridique relève de l'intérêt général et justifie la mise en place de procédures rigoureuses dans le but notamment de vérifier les motivations profondes d'une demande de changement légal d'identité<sup>20</sup>.

#### D. LITIGES EN MATIÈRE DE FILIATION

##### 1. *Action en recherche de paternité*

Les actions en recherche de paternité relèvent de l'article 8. Le droit de connaître ses ascendants relève de la notion de «vie privée», qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle, comme l'identité des parents<sup>21</sup>.

Lorsqu'elle se prononce sur le respect ou non de l'article 8, la Cour doit déterminer si, dans le cas d'espèce, un juste équilibre a été ménagé par l'État entre les droits et intérêts concurrents en jeu. Outre la mise en balance des intérêts de l'individu et de l'intérêt général de la communauté dans son ensemble, un exercice de mise en balance est également nécessaire en ce qui concerne les intérêts privés concurrents. À cet égard, il convient d'observer que l'expression «toute personne» figurant à l'article 8 s'applique tant à l'enfant qu'au père putatif<sup>22</sup>.

D'un côté, les individus ont le droit de connaître leurs origines, ce droit découlant d'une interprétation large de la portée de la notion de vie privée. En effet, les personnes qui cherchent à établir l'identité de leurs ascendants ont un intérêt vital à recevoir les informations nécessaires pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle et éliminer toute incertitude à cet égard<sup>23</sup>.

De l'autre côté, l'intérêt d'un père putatif à être protégé contre des réclamations concernant des faits remontant à de nombreuses années ne peut être mis en cause. Outre ce conflit d'intérêts, d'autres intérêts peuvent entrer en jeu, tels que ceux des tiers, essentiellement la famille du père putatif, et l'intérêt général de la sécurité juridique.

Enfin, en ce qui concerne le droit du défunt au respect de sa vie privée, la Cour rappelle que la vie privée d'une personne décédée sur laquelle un prélèvement d'ADN doit être effectué ne saurait être affectée par une demande en ce sens formulée après son décès<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> *Ibid.*, § 70.

<sup>21</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 16 juin 2020, n° 47443/14, *Boljevic c. Serbie*, § 28.

<sup>22</sup> *Ibid.*, § 50.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*, § 50.

En effectuant le «test de mise en balance des intérêts» dans l'examen d'affaires concernant, par exemple, des limitations à l'introduction de demandes en paternité, la Cour prend en considération un certain nombre de facteurs<sup>25</sup>:

- le moment particulier où le demandeur prend conscience de la réalité biologique;
- si les circonstances justifiant une action en paternité particulière sont réunies avant ou après l'expiration du délai applicable;
- s'il existe ou non une autre voie de recours au cas où la procédure en question serait prescrite comme l'existence de voies de recours internes efficaces pour obtenir la réouverture du délai ou d'exceptions à l'application d'un délai dans les situations où une personne prend connaissance de la réalité biologique après l'expiration du délai.

L'aune à laquelle se mesurent les facteurs précités consiste à déterminer si une présomption légale a pu prévaloir sur la réalité biologique et sociale et, dans l'affirmative, si, dans les circonstances concrètes du cas envisagé, cela est compatible, compte tenu de la marge d'appréciation laissée à l'État, avec l'obligation d'assurer le respect effectif de la vie privée et familiale, en tenant compte des faits établis et de la volonté des intéressés.

Ainsi, la Cour a déjà estimé que des délais de prescription rigides ou d'autres obstacles aux actions en contestation de paternité qui s'appliquaient indépendamment de la connaissance par le père putatif des circonstances faisant douter de sa paternité, sans prévoir d'exceptions, violaient l'article 8 de la Convention<sup>26</sup>.

En tout cas, établir l'identité de son père biologique est un intérêt vital protégé par la Convention et qui ne disparaît pas avec l'âge<sup>27</sup>.

De plus, la vie privée d'une personne décédée – à savoir, en l'espèce, le père biologique présumé du requérant – sur laquelle un échantillon d'ADN aurait dû être prélevé, n'aurait pas pu être affectée par une demande en ce sens formulée après son décès<sup>28</sup>.

## *2. Contestation de la paternité établie par une décision de justice définitive*

La Cour a déjà constaté des violations de l'article 8 de la Convention dans des affaires où les requérants n'avaient aucune possibilité de contester, à la lumière de preuves biologiques nouvelles, la déclaration de leur paternité par une décision de justice définitive<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> *Ibid.*, § 51.

<sup>26</sup> *Ibid.*, § 52.

<sup>27</sup> *Ibid.*, § 54.

<sup>28</sup> *Ibid.*, § 54.

<sup>29</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 30 juin 2020, n° 58240/14, *Bocu c. Roumanie*, § 22.



Lorsqu'une violation de l'article 8 de la Convention est constatée pour cette raison, l'existence d'une voie légale propre à permettre à l'intéressé d'obtenir la réouverture de la procédure interne constitue en principe une solution appropriée, voire souvent la plus appropriée, pour mettre fin à la violation et en effacer les effets<sup>30</sup>.

La détermination des relations juridiques d'un père avec son fils putatif relève de la « vie privée » de l'intéressé<sup>31</sup>.

### 3. *Action en contestation de la paternité d'un tiers par le père biologique*

Les procédures en reconnaissance ou en contestation de paternité relèvent de la notion de « vie privée » au sens de cette disposition, du père présumé, car elles englobent des aspects importants de l'identité de ce dernier<sup>32</sup>.

Dans cette situation, l'État dispose d'une marge d'appréciation étendue, eu égard en particulier à la nécessité de ménager un équilibre entre des intérêts privés ou publics concurrents et à l'absence d'approche commune dans les législations des États contractants<sup>33</sup>.

Cependant, même dans ce cas, les choix opérés par l'État n'échappent pas pour autant au contrôle de la Cour. Celle-ci doit examiner, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, les motifs dont il a été tenu compte pour parvenir à la solution retenue et rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les différents intérêts en présence. Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci revêt une importance primordiale. Néanmoins, l'intérêt des parents demeure un facteur dans la balance des différents intérêts en jeu<sup>34</sup>.

En ce qui concerne les litiges en matière de recherche de paternité, la Cour a considéré qu'en dépit de la marge d'appréciation accordée aux États dans ce domaine, l'article 8 impose que le père biologique ne soit pas complètement empêché d'établir sa paternité ou exclu de la vie de l'enfant sauf s'il y a des raisons impératives liées à l'intérêt supérieur de ce dernier pour ce faire.

Elle a ainsi jugé qu'une impossibilité absolue pour un homme prétendant être le père biologique de chercher à établir sa paternité, au seul motif qu'un autre homme a déjà reconnu l'enfant, sans examiner les circonstances particulières de l'espèce et les différents intérêts en jeu, méconnaissait l'article 8.

<sup>30</sup> *Ibid.*, § 24.

<sup>31</sup> *Ibid.*, § 29.

<sup>32</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 13 octobre 2020, n° 32495/15, *Koychev c. Bulgarie*, § 44.

<sup>33</sup> *Ibid.*, § 56.

<sup>34</sup> *Ibid.*, § 56.

Dans d'autres affaires, constatant que le refus d'examiner les demandes en recherche de paternité des requérants était fondé non seulement sur le fait que l'enfant avait déjà un lien de filiation établi mais aussi sur d'autres circonstances pertinentes, telles que l'existence d'une vie familiale stable entre l'enfant et ses mère et père légitimes ou sur l'appréciation des juridictions internes selon laquelle, dans le cas concret, l'autorisation d'une recherche de paternité ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant, la Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 8<sup>35</sup>.

Dans ce type d'affaires, la Cour a également tenu compte du processus décisionnel ayant abouti aux refus en question et a vérifié si celui-ci comportait certaines garanties telles que l'examen circonstancié des faits de la part des autorités compétentes, la mise en balance par ces autorités des différents intérêts en jeu ou la possibilité pour le requérant d'exposer sa position et sa situation personnelle, de manière à lui assurer la protection requise de ses intérêts<sup>36</sup>.

## E. PROTECTION CONTRE LA CYBERVIOLENCE

### 1. *Obligation de l'État de poursuivre les incitations à la haine et à la violence sur l'Internet*

La notion de «vie privée» est un terme large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui couvre également l'intégrité physique et psychologique d'une personne. Des éléments tels que l'orientation sexuelle et la vie sexuelle d'une personne relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8<sup>37</sup>.

Pour que l'article 8 entre en jeu, il faut toutefois que l'atteinte à la personne atteigne un certain degré de gravité et qu'elle soit faite d'une manière qui porte atteinte à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée<sup>38</sup>.

Des obligations positives pour l'État sont inhérentes au droit au respect effectif de la vie privée en vertu de l'article 8 ; ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures même dans la sphère des relations des individus entre eux. Si le choix des moyens pour assurer le respect de l'article 8 dans le domaine de la protection contre les actes des particuliers relève en principe de la marge d'appréciation de l'État, une dissuasion efficace contre les actes graves, lorsque des aspects essentiels de la vie privée sont en jeu, exige des dispositions pénales efficaces<sup>39</sup>.

Les sanctions pénales, y compris à l'encontre des individus responsables des expressions de haine les plus graves, incitant les autres à la violence, ne doivent être invoquées qu'en tant que mesure d'*ultima ratio*.

<sup>35</sup> *Ibid.*, § 57.

<sup>36</sup> *Ibid.*, § 58.

<sup>37</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 14 janvier 2020, n° 41288/15, *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, § 109.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*, § 110.

Ceci étant, lorsque des actes constituant des infractions graves sont dirigés contre l'intégrité physique ou mentale d'une personne, seuls des mécanismes pénaux efficaces peuvent assurer une protection adéquate et servir de facteur de dissuasion.

De même, des mesures pénales sont nécessaires en ce qui concerne les agressions verbales directes et les menaces physiques motivées par des attitudes discriminatoires<sup>40</sup>.

Compte tenu de son accessibilité et de sa capacité à stocker et à communiquer de grandes quantités d'informations, l'Internet joue un rôle important en améliorant l'accès du public aux nouvelles et en facilitant la diffusion de l'information en général.

En même temps, lors de l'examen des « devoirs et responsabilités » de ceux qui placent ces informations, l'impact potentiel du média concerné est un facteur important.

En conséquence, il n'est pas déraisonnable de considérer que même la publication d'un seul commentaire haineux, sans parler du fait que ces personnes devraient être « tuées », sur une page Facebook est suffisante pour être prise au sérieux.

Cela est encore étayé par le fait que, dans le cas d'espèce soumis à la Cour, la photographie était « devenue virale » en ligne et avait reçu plus de 800 commentaires.

Le rapport de l'ECRI sur la Lituanie indique également que le pays « avait un problème » et que la plupart des discours de haine avaient lieu sur l'Internet, ainsi que sur les réseaux sociaux.

La Cour a donc rejeté l'argument selon lequel les commentaires sur Facebook étaient moins dangereux que ceux sur les portails d'information sur Internet. Elle ne pouvait pas non plus considérer comme pertinent l'argument selon lequel les personnes qui avaient commenté négativement la page Facebook du premier requérant n'étaient pas plus nombreuses que les requérants et leurs partisans<sup>41</sup>.

La Cour répète que les sanctions pénales, y compris à l'encontre des individus responsables des manifestations de haine les plus graves, incitant les autres à la violence, ne pouvaient être invoquées qu'en tant que mesure d'*ultima ratio*. Elle considère que cela s'applique également aux discours de haine contre l'orientation et la vie sexuelles des personnes. La Cour observe qu'il s'agissait dans le cas d'es-

<sup>40</sup> *Ibid.*, § 111.

<sup>41</sup> *Ibid.*, § 127.

pèce qui lui était soumis, d'appels non dissimulés à l'atteinte à l'intégrité physique et mentale des requérants, ce qui appelait une protection par le droit pénal<sup>42</sup>.

## 2. *La lutte contre la cyberviolence conjugale et domestique*

Tant en droit interne qu'en droit international, le phénomène de la violence domestique n'est pas perçu comme étant limité aux seuls faits de violence physique mais qu'il inclut, entre autres, la violence psychologique et le harcèlement.

De plus, la cyberviolence est actuellement reconnue comme un aspect de la violence à l'encontre des femmes et des filles et peut se présenter sous diverses formes dont les violations informatiques de la vie privée, l'intrusion dans l'ordinateur de la victime et la prise, le partage et la manipulation des données et des images, y compris des données intimes.

Dans le contexte de la violence domestique, la cybersurveillance est souvent le fait des partenaires intimes. La Cour accepte donc l'argument de la requérante selon lequel des actes tels que surveiller, accéder à ou sauvegarder sans droit la correspondance du conjoint peuvent être pris en compte lorsque les autorités nationales enquêtent sur des faits de violence domestique<sup>43</sup>.

La Cour estime que de telles allégations de violation de la correspondance appellent de la part des autorités un examen sur le fond afin de pouvoir appréhender de manière globale le phénomène de violence conjugale dans toutes ses formes<sup>44</sup>.

## F. PROTECTION DES EMPREINTES DIGITALES, DES PHOTOGRAPHIES ET DES DONNÉES ET PROFILS ADN

### 1. *Prélèvement et conservation d'échantillons d'ADN*

Le prélèvement et la conservation d'échantillons d'ADN constituent des ingérences dans la vie privée<sup>45</sup>.

Le fait que la personne aurait donné son consentement est sans pertinence puisqu'elle était sous la menace qu'à défaut de ce faire, l'échantillon de salive ou de sang aurait été prélevé de force<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> *Ibid.*, § 128.

<sup>43</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 11 février 2020, n° 56867/15, *Buturuga c. Roumanie*, § 74.

<sup>44</sup> *Ibid.*, § 76.

<sup>45</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 14 avril 2020, n° 75229/10, *Petrovic c. Serbie*, §§ 69 et 79.

<sup>46</sup> *Ibid.*, § 79.

## 2. *Durée de conservation des profils ADN de personnes condamnées pénalement – Le cas de la Macédoine du Nord*

### a. Profils ADN et vie privée

Les profils ADN constituent des données relatives à la vie privée d'une personne et leur conservation s'apparente à une ingérence dans le droit au respect de la vie privée<sup>47</sup>.

### b. Nécessité de l'ingérence

La simple conservation et le stockage de données à caractère personnel par les autorités publiques doivent être considérés comme ayant un impact direct sur l'intérêt de la vie privée de l'individu concerné, indépendamment de l'utilisation ultérieure de ces données. En conséquence, la Cour examine si la conservation du matériel ADN est proportionnée et répond un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents<sup>48</sup>.

Dans le cas qui lui était soumis, la Cour a observé que la législation applicable à l'époque ne fixait pas de délai spécifique pour la conservation des données ADN des requérants en tant que personnes condamnées. En l'absence de tout élément permettant de penser que cette conservation pouvait être liée à un quelconque moment déterminé, la Cour estime dès lors que l'État défendeur autorise une période de conservation indéfinie des profils ADN<sup>49</sup>.

Le caractère général et indifférencié des pouvoirs de conservation des profils ADN des requérants, en tant que personnes condamnées pour une infraction, associé à l'absence de garanties suffisantes, ne permet pas d'établir un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents. L'État défendeur a donc dépassé la marge d'appréciation acceptable à cet égard<sup>50</sup>.

## 3. *Durée de conservation de profils ADN, d'empreintes digitales et de photographies de personnes condamnées – Le cas du Royaume-Uni*

### a. Conservation de profils ADN et d'empreintes digitales et ingérence dans la vie privée

Les profils ADN constituent des données relatives à la vie privée d'une personne et leur conservation s'apparente à une ingérence dans le droit au respect de la vie privée.

<sup>47</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 13 février 2020, n<sup>os</sup> 53205/13 et 63320/13, *Trajkovski et Chipovski c. Macédoine du Nord*, § 43.

<sup>48</sup> *Ibid.*, § 51.

<sup>49</sup> *Ibid.*, § 52.

<sup>50</sup> *Ibid.*, § 54.

De même, la conservation des empreintes digitales constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée<sup>51</sup>.

#### b. Conservation des photographies et ingérence dans la vie privée

La Cour rappelle que la Commission avait précédemment estimé que la conservation et l'utilisation de photographies prises lors d'une arrestation par les forces de l'ordre ne constituaient pas une ingérence dans le droit au respect de la vie privée<sup>52</sup>.

Pour déterminer si les informations personnelles conservées par les autorités impliquent l'un des aspects de la vie privée, la Cour tient compte du contexte spécifique dans lequel les informations en question ont été enregistrées et conservées, de la nature des enregistrements, de la manière dont ces enregistrements sont utilisés et traités et des résultats qui peuvent être obtenus<sup>53</sup>.

Dans le cas qui lui était soumis, la photographie du requérant avait été prise lors de son arrestation pour être conservée indéfiniment dans la base de données de la police locale.

Dans son arrêt de 2014, la Cour suprême avait constaté que la photographie prise lors de la garde à vue du requérant était conservée dans une base de données autonome, limitée au personnel de police autorisé et qui n'avait pas la capacité de faire correspondre les photographies, que ce soit par reconnaissance faciale ou autrement<sup>54</sup>.

Toutefois, la situation avait changé depuis lors en ce que les photographies pouvaient maintenant être reprises dans la base de données nationale de la police qui, elle, permettait d'utiliser des logiciels de reconnaissance faciale<sup>55</sup>.

Dans le cas qui lui était soumis, étant donné que la photographie prise lors de la garde à vue du requérant avait été prise lors de son arrestation et qu'elle sera conservée indéfiniment dans une base de données locale à l'usage de la police et que celle-ci peut également appliquer à cette photographie des techniques de reconnaissance faciale et de cartographie faciale, la Cour ne doute pas que la prise et la conservation de la photographie du requérant s'analysent en une ingérence dans son droit à la vie privée<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 13 février 2020, n° 45245/15, *Gaughran c. Royaume-Uni*, § 63.

<sup>52</sup> *Ibid.*, § 65.

<sup>53</sup> *Ibid.*, §§ 66 et 70.

<sup>54</sup> *Ibid.*, § 67.

<sup>55</sup> *Ibid.*, § 69.

<sup>56</sup> *Ibid.*, § 70.



c. Objectif légitime poursuivi par la conservation des données et photographies

Toujours dans le cas d'espèce, la Cour considère que la conservation des données biométriques et des photographies poursuit l'objectif légitime de détection et, partant, de prévention de la criminalité. Si le recueil initial de ces informations visait à établir un lien entre une personne donnée et l'infraction particulière dont elle est soupçonnée, leur conservation poursuit l'objectif plus large d'aider à l'identification de personnes susceptibles de commettre des infractions à l'avenir<sup>57</sup>.

d. Durée de conservation des données et photographies et marge d'appréciation de l'État

En ce qui concerne la marge d'appréciation du Royaume-Uni à propos de la durée de conservation de données biométriques et de photographies de personnes condamnées pour avoir conduit en état d'ébriété, la Cour considère que si l'on veut, à propos des données biométriques, considérer que la durée de conservation basée sur la durée de vie biologique de la personne ou cette durée augmentée d'un certain nombre d'années est comparable à un régime de conservation indéterminé, il faut prendre en considération la nature des données et les conséquences de la conservation des données de la personne après son décès<sup>58</sup>.

En ce qui concerne les empreintes digitales, la Cour a précédemment estimé qu'elles ne contenaient pas autant d'informations que les profils ADN. En outre, il n'a pas été suggéré qu'il était possible d'identifier les relations entre les individus à partir des données relatives aux empreintes digitales ou aux photographies.

La Cour admet donc qu'en ce qui concerne les empreintes digitales et les photographies, les périodes de conservation qui prennent fin au moment du décès ou peu après peuvent être considérées comme comparables à une conservation indéfinie dans le temps.

La Cour est toutefois consciente de la possibilité d'avancées technologiques rapides dans ce domaine, notamment en ce qui concerne les technologies de reconnaissance et de cartographie faciales.

Cela dit, tant pour les empreintes digitales que pour les photographies, la majorité des États étudiés ont mis en place des régimes prévoyant des périodes de conservation définies dans le temps<sup>59</sup>.

Toutefois, la Cour estime que la situation est différente en ce qui concerne les profils ADN et qu'il existe une distinction à opérer entre la conservation indéfinie

<sup>57</sup> *Ibid.*, § 75.

<sup>58</sup> *Ibid.*, § 79.

<sup>59</sup> *Ibid.*, § 80.

des profils ADN et la fixation d'une limite définie à la durée de conservation liée à la vie biologique de la personne concernée, même si la durée de conservation prévue est longue. En effet, la conservation des données génétiques après le décès de la personne concernée continue d'avoir un impact sur les personnes biologiquement liées à cette dernière.

La Cour rappelle que, lors de l'examen de la nature de l'ingérence dans la vie privée occasionnée par la conservation des profils ADN, elle avait déjà observé que l'utilisation des profils ADN pour des recherches familiales en vue d'identifier une éventuelle relation génétique entre des personnes était de nature très sensible et qu'il était nécessaire d'effectuer des contrôles très stricts à cet égard. Selon la Cour, la capacité des profils ADN à fournir un moyen d'identifier les relations génétiques entre les individus était en soi suffisante pour conclure que leur conservation interfère avec le droit à la vie privée des individus concernés. La fréquence des recherches familiales, les garanties qui y sont attachées et la probabilité d'un préjudice dans un cas particulier étaient sans importance à cet égard. Étant donné que des recherches familiales pouvaient être effectuées sur des profils ADN après le décès de la personne concernée, la Cour n'a pas accepté l'argument selon lequel il était possible d'assimiler la conservation des données biométriques jusqu'à un moment déterminé lié au décès de la personne sur laquelle elles avaient été prélevées, à leur conservation indéfinie dans le temps<sup>60</sup>.

La Cour ne peut pas conclure que l'État dispose d'une large marge d'appréciation dans le cas d'espèce dans la mesure revendiquée par le Gouvernement. Le Royaume-Uni est en effet l'un des rares États du Conseil de l'Europe à autoriser la conservation indéfinie dans le temps des profils ADN, des empreintes digitales et des photographies des personnes condamnées. Le degré de consensus existant entre les États contractants a réduit la marge d'appréciation dont dispose le Royaume-Uni, notamment en ce qui concerne la conservation des profils ADN<sup>61</sup>.

En ce qui concerne le contrôle judiciaire de la conservation de ces données, la Cour rappelle qu'elle a généralement compris la marge d'appréciation comme signifiant que, lorsque les juridictions internes indépendantes et impartiales avaient examiné attentivement les faits, en appliquant les normes pertinentes en matière de droits de l'homme conformément à la Convention et à sa jurisprudence, et en mettant en balance de manière adéquate les intérêts personnels du requérant et l'intérêt public plus général en l'espèce, il ne lui appartenait pas de substituer sa propre appréciation du fond (y compris, en particulier, sa propre appréciation des éléments factuels de proportionnalité) à celle des autorités nationales compétentes, à moins qu'il ne soit démontré qu'il existe des raisons impérieuses de le faire<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> *Ibid.*, § 81.

<sup>61</sup> *Ibid.*, § 84.

<sup>62</sup> *Ibid.*, § 85.

La Cour rappelle l'importance d'examiner le respect des principes de l'article 8 lorsque les pouvoirs dévolus à l'État sont obscurs, ce qui crée un risque d'arbitraire, surtout lorsque la technologie disponible devient continuellement plus sophistiquée<sup>63</sup>.

La marge d'appréciation dont disposent les États pour fixer les limites de conservation des données biométriques des personnes condamnées est donc réduite. Toutefois, à la lumière des considérations exposées ci-dessus, la Cour estime qu'en ce qui concerne les régimes de conservation des données biométriques des personnes condamnées, la durée de la période de conservation n'est pas nécessairement déterminante pour apprécier si un État a dépassé la marge d'appréciation acceptable dans l'établissement du régime pertinent. À cet égard, elle souligne que dans le cas présent, la conservation des données ne présentait pas le même risque de stigmatisation que dans les affaires *S.* et *Marper*.

Il est également important de savoir si le régime de conservation des données biométriques prenait en compte la gravité de l'infraction et la nécessité de conserver les données, ainsi que les garanties dont dispose l'individu. Lorsqu'un État s'est placé à la limite de la marge d'appréciation en s'attribuant le pouvoir le plus étendu de conservation indéfinie, l'existence et le fonctionnement de certaines garanties deviennent décisifs<sup>64</sup>.

Quant à la question de savoir si les motifs invoqués par les autorités nationales pour justifier la mesure de conservation indéfinie étaient pertinents et suffisants, la Cour relève que le Gouvernement du Royaume-Uni avait fait valoir que plus les données étaient conservées, plus la criminalité était contenue, en fournissant diverses études de cas à l'appui de cette thèse générale. À cet égard, la Cour estime que l'acceptation d'un tel argument dans le cadre d'un régime de rétention indéfinie reviendrait en pratique à justifier le stockage d'informations sur l'ensemble de la population et de ses proches décédés, ce qui serait très certainement excessif et non pertinent. La Cour observe également à cet égard que le Gouvernement a souligné que les personnes qui avaient été condamnées étaient en fait les plus susceptibles d'être à nouveau condamnées après une période relativement courte de deux ans<sup>65</sup>.

Dans la mesure où l'argumentation du Gouvernement pourrait porter sur le fond du critère de proportionnalité au regard de l'article 8, la Cour estime que la nécessité de conserver certaines parties de la base de données ADN aux fins d'enquêtes historiques n'est pas sensiblement différente des arguments généraux avancés selon lesquels la conservation de données biométriques est utile pour enquêter sur d'autres types d'affaires classées<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> *Ibid.*, § 86.

<sup>64</sup> *Ibid.*, § 88.

<sup>65</sup> *Ibid.*, § 89.

<sup>66</sup> *Ibid.*, § 92.

La Cour rappelle qu'elle a constaté, dans le cadre de l'obligation positive découlant de l'article 2, que l'intérêt public à enquêter et éventuellement à obtenir la poursuite et la condamnation des auteurs d'homicides illégaux de nombreuses années après les faits est fermement reconnu. L'enquête sur les affaires non résolues est également d'intérêt public, dans le sens général de la lutte contre la criminalité. Toutefois, dans le contexte des homicides illégaux, la Cour a également souligné que la police doit s'acquitter de ses obligations d'une manière compatible avec les droits et libertés des autres individus. En effet, sans le respect de la proportionnalité requise par rapport aux buts légitimes assignés à de tels mécanismes, leurs avantages seraient dépassés par les atteintes graves qu'ils porteraient aux droits et libertés que les États doivent garantir, en vertu de la Convention, aux personnes relevant de leur juridiction<sup>67</sup>.

Ayant choisi de mettre en place un régime de rétention indéfinie dans le temps, l'État doit s'assurer que certaines garanties sont présentes et effectives pour le requérant, une personne condamnée pénalement. Cependant, les données biométriques et les photographies du requérant ont été conservées sans référence à la gravité de son infraction et sans tenir compte d'une quelconque nécessité de conserver ces données indéfiniment.

En outre, la police n'est investie du pouvoir de supprimer les données biométriques et les photographies que dans des circonstances exceptionnelles. Aucune disposition ne permet au requérant de demander l'effacement des données le concernant si leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la nature de l'infraction, de l'âge de la personne concernée, du temps écoulé et de sa personnalité actuelle. Par conséquent, le recours dont dispose l'individu semble si étroit qu'il est presque hypothétique<sup>68</sup>.

À cet égard, en ce qui concerne les photographies, la Cour estime qu'il est intéressant de noter que le régime en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles a été modifié après l'arrêt *RMC* pour permettre aux personnes condamnées pour des infractions moins graves susceptibles d'être enregistrées de demander l'effacement de leurs photographies après six ans, avec une présomption d'effacement. Elle souligne toutefois que le critère de proportionnalité n'est pas de savoir si un autre régime moins restrictif pourrait être imposé.

La question essentielle est de savoir si, en adoptant la mesure et en établissant l'équilibre qu'il a trouvé, le législateur a agi dans les limites de la marge d'appréciation qui lui était accordée<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> *Ibid.*, § 93.

<sup>68</sup> *Ibid.*, § 94.

<sup>69</sup> *Ibid.*, § 95.

## f. En conclusion

Le caractère indifférencié des pouvoirs de conservation du profil ADN, des empreintes digitales et de la photographie du requérant en tant que personne condamnée pour une infraction, même si elle a été dépensée, sans référence à la gravité de l'infraction ou à la nécessité d'une conservation indéfinie et en l'absence de toute possibilité réelle de contrôle, n'a pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents.

L'État conserve une marge d'appréciation légèrement plus large en ce qui concerne la conservation des empreintes digitales et des photographies. Toutefois, cette marge élargie n'est pas suffisante pour lui permettre de conclure que la conservation de ces données pourrait être proportionnée dans les circonstances, qui incluent l'absence de toute garantie pertinente, y compris l'absence de tout contrôle réel<sup>70</sup>.

*4. Durée de conservation de photographies, de descriptions physiques et d'empreintes digitales et palmaires – Le cas de l'Allemagne*

## a. Données relatives à la vie privée et ingérence

La notion de vie privée s'étend aux aspects liés à l'identité personnelle, comme la photographie d'une personne. Le droit à la protection de son image présuppose le droit de l'individu de contrôler l'utilisation de cette image. La prise de la photographie d'une personne et sa conservation dans une base de données de la police avec la possibilité de la traiter automatiquement constituent une ingérence dans le droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention<sup>71</sup>.

Le prélèvement et la conservation dans les fichiers des autorités nationales des empreintes digitales d'une personne identifiée ou identifiable constituent également une ingérence dans le droit au respect de la vie privée de cette personne<sup>72</sup>.

De même, la conservation par une autorité publique d'informations relatives à la vie privée d'un individu, telles que les coordonnées de personnes condamnées, constitue une ingérence dans ce droit<sup>73</sup>.

En particulier, le relevé des empreintes palmaires est une mesure qui, tant par son intensité que par l'utilisation future possible des données obtenues, est très similaire au relevé des empreintes digitales. Dès lors, les mêmes considérations doivent s'appliquer.

<sup>70</sup> *Ibid.*, § 96.

<sup>71</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 11 juin 2020, n° 7444017, P.N. c. Allemagne, § 56.

<sup>72</sup> *Ibid.*, § 57.

<sup>73</sup> *Ibid.*, § 58.

La description physique du requérant et son inclusion dans les fichiers de police à des fins d'identification future doivent être considérées comme comparables à la prise d'une photographie, bien que moins intrusive. Toutefois, comme la Cour a précédemment considéré que même la conservation des coordonnées d'un condamné par une autorité publique constituait une ingérence dans le droit de l'individu au respect de sa vie privée, l'article 8 est également applicable à la description physique du requérant et à son inclusion dans les fichiers de la police<sup>74</sup>.

#### b. Prévisibilité de l'ingérence – Conséquences en matière de conservation de données d'identification

Pour être justifiée, une ingérence doit être conforme à la loi, ce qui présuppose l'existence d'une base en droit interne compatible avec le principe de la prééminence du droit. La loi doit être suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire formulée avec suffisamment de précision pour permettre à l'individu – au besoin avec des conseils appropriés – de régler son comportement. Pour que le droit interne réponde à ces exigences, il doit offrir une protection juridique adéquate contre l'arbitraire et, par conséquent, indiquer avec suffisamment de clarté l'étendue du pouvoir discrétionnaire conféré aux autorités compétentes et les modalités de son exercice<sup>75</sup>.

De plus, il est essentiel, dans le cadre de la conservation des données d'identification d'une personne, de prévoir des garanties minimales concernant, entre autres, la durée, le stockage, l'utilisation, l'accès des tiers, les procédures de préservation de l'intégrité et de la confidentialité des données et les procédures de destruction, offrant ainsi des garanties suffisantes contre le risque d'abus<sup>76</sup>.

#### c. La nécessité de l'ingérence dans une société démocratique – L'importance de la protection des données

L'ingérence doit répondre à un « besoin social impérieux » et, en particulier, être proportionnée à l'objectif légitime poursuivi, et que les raisons invoquées par les autorités nationales pour la justifier doivent être « pertinentes et suffisantes »<sup>77</sup>.

S'agissant, en particulier, de l'ingérence dans les données à caractère personnel, la Cour rappelle que la protection de ces données revêt une importance fondamentale pour la jouissance par une personne de son droit au respect de sa vie privée tel que garanti par l'article 8. Le droit interne doit donc prévoir des garanties appropriées pour empêcher toute utilisation des données à caractère personnel qui serait incompatible avec les garanties de cet article<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> *Ibid.*, § 60.

<sup>75</sup> *Ibid.*, § 61.

<sup>76</sup> *Ibid.*, § 62.

<sup>77</sup> *Ibid.*, § 69.

<sup>78</sup> *Ibid.*, § 70.



La nécessité de telles garanties est d'autant plus grande lorsqu'il s'agit de protéger des données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé, notamment lorsque ces données sont utilisées à des fins policières.

Le droit interne devrait notamment veiller à ce que ces données soient pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont stockées, et conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la finalité pour laquelle ces données sont stockées.

Le droit interne doit également offrir des garanties suffisantes pour que les données personnelles conservées soient efficacement protégées contre les abus et les mauvais usages.

Les considérations ci-dessus sont particulièrement valables en ce qui concerne la protection de catégories spéciales de données plus sensibles<sup>79</sup>.

Dans son appréciation de la proportionnalité des mesures nationales comprenant la collecte de données à caractère personnel dans le cadre de procédures pénales et leur conservation ultérieure, la Cour examine si et comment les autorités nationales ont pris en compte la nature et la gravité des infractions en cause dans leur décision de conserver les données. Elle regarde également si ces autorités ont tenu compte, dans cette décision, du fait que l'intéressé n'a pas été condamné par la suite<sup>80</sup>.

En outre, la Cour tient compte du niveau de l'ingérence réelle dans le droit au respect de la vie privée. Dans le cas qui lui était soumis, elle a notamment constaté que la conservation des échantillons cellulaires était particulièrement intrusive par rapport à d'autres mesures telles que la conservation des empreintes digitales, étant donné la richesse des informations génétiques qu'ils contiennent. La Cour a également considéré comme un élément pertinent le fait que la conservation des données soit limitée dans le temps ainsi que la durée de cette limitation<sup>81</sup>.

Un autre élément pertinent dans l'évaluation de la proportionnalité des mesures contestées réside dans l'existence d'un examen indépendant de la nécessité de conserver les données en question et qui permet d'obtenir effectivement l'effacement des données si elles ne sont plus nécessaires à la finalité pour laquelle elles ont été obtenues. Enfin, la Cour a également déterminé si, à la lumière de la jurisprudence ci-dessus, il existait des garanties suffisantes contre les abus (tels que l'accès ou la diffusion non autorisés) des données<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> *Ibid.*, § 71.

<sup>80</sup> *Ibid.*, § 72.

<sup>81</sup> *Ibid.*, § 73.

<sup>82</sup> *Ibid.*, § 74.

## d. La marge d'appréciation de l'État

Une marge d'appréciation doit être laissée aux autorités nationales dans leur évaluation de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique. L'ampleur de cette marge varie et dépend d'un certain nombre de facteurs, dont la nature du droit de la Convention en cause, son importance pour l'individu, la nature de l'ingérence et l'objet poursuivi par celle-ci. La marge aura tendance à être plus étroite lorsque le droit en cause est crucial pour la jouissance effective par l'individu de droits intimes ou essentiels. Lorsqu'une facette particulièrement importante de l'existence ou de l'identité d'un individu est en jeu, la marge de manœuvre sera plus étroite. En revanche, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, ni sur l'importance relative de l'intérêt en jeu, ni sur la meilleure façon de le protéger, la marge sera plus large<sup>83</sup>.

Dans son appréciation de la proportionnalité de la mesure litigieuse, la Cour considère en outre comme un élément important le fait que la collecte et la conservation des données d'identification en cause – photographies, empreintes digitales et palmaires et description de la personne – constituent une ingérence moins intrusive dans le droit du requérant au respect de sa vie privée notamment que la collecte d'échantillons cellulaires et la conservation de profils ADN, qui contiennent des informations beaucoup plus sensibles<sup>84</sup>.

## G. PROTECTION DES DONNÉES MÉDICALES

1. *Certificats médicaux*

La conservation et l'utilisation systématique par les autorités publiques d'informations relatives à la vie privée d'une personne ont des conséquences importantes sur les intérêts protégés par l'article 8 et constituent donc une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée. Cela est d'autant plus vrai lorsque le traitement concerne des catégories d'informations très intimes et sensibles, notamment les informations relatives à la santé physique ou mentale d'une personne identifiable<sup>85</sup>.

En plus d'être prévue par la loi, l'ingérence dans le droit à la protection des données à caractère personnel doit également poursuivre un but légitime et être «nécessaire dans une société démocratique». Pour déterminer si les mesures contestées étaient «nécessaires dans une société démocratique», la Cour examine si, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, les raisons invoquées pour les justifier étaient pertinentes et suffisantes et si les mesures étaient proportionnées aux buts légitimes poursuivis. À cet égard, la Cour a relevé que, compte tenu de l'importance fondamentale de la protection des données pour l'exercice effectif du

<sup>83</sup> *Ibid.*, § 75.

<sup>84</sup> *Ibid.*, § 84.

<sup>85</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 26 mai 2020, n° 1122/12, P.T. c. *La République de Moldavie*, § 26.

droit au respect de la vie privée, la marge d'appréciation dont disposent les États membres pour concevoir leurs cadres législatifs et administratifs respectifs dans ce domaine est plutôt limitée<sup>86</sup>.

L'inclusion de données médicales dans un certificat qui doit être présenté à des tiers constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée de la personne concernée<sup>87</sup>.

La Cour constate que la manière dont les données médicales personnelles figurant dans un certificat d'exemption ont été protégées contre toute divulgation non autorisée était déficiente. En particulier, elle permettait à des tiers de découvrir le type de maladie qui avait servi de base à l'exemption du service militaire du requérant, même s'ils n'avaient aucun intérêt apparent à avoir accès à cette information<sup>88</sup>.

## 2. Examens médicaux obligatoires

Le concept de vie privée inclut l'intégrité physique et psychologique d'une personne. De plus, la santé mentale est un élément crucial de la vie privée. L'examen forcé d'une personne par un psychiatre d'une clinique publique ou d'un hôpital constitue une ingérence dans son droit au respect de sa vie privée. En conséquence, l'escorte forcée du requérant et sa soumission à un examen forcé par un psychiatre et un psychologue d'une institution publique – à quatre reprises – ont constitué une ingérence dans sa vie privée<sup>89</sup>.

## 3. Refus de huis clos dans le cadre d'une procédure judiciaire

### a. Confirmation du caractère confidentiel des informations relatives à la santé

Les données de nature médicale relèvent du droit au respect de la vie privée et familiale du patient<sup>90</sup>.

Le respect du caractère confidentiel des informations relatives à la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention. Il est capital de respecter ce principe non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général. La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou

<sup>86</sup> *Ibid.*, § 27.

<sup>87</sup> *Ibid.*, § 28.

<sup>88</sup> *Ibid.*, § 31.

<sup>89</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 2 juin 2020, n° 4938/16, *Pranjic-M-Lukic c. Bosnie-Herzégovine*, § 63.

<sup>90</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 13 octobre 2020, n° 69356/13, *Franco c. Roumanie*, § 51.

divulgarion de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8<sup>91</sup>.

#### b. Exceptions à la confidentialité des informations relatives à la santé

Toute mesure prise par un État pour contraindre à communiquer ou divulguer des informations relatives à la santé sans le consentement de la personne concernée appelle un examen des plus rigoureux de la part de la Cour, qui doit apprécier avec un soin égal les garanties visant à assurer une protection efficace<sup>92</sup>.

La protection de la confidentialité des données médicales, qui est dans l'intérêt du patient comme de la collectivité dans son ensemble, peut parfois s'effacer devant la nécessité d'enquêter sur des infractions pénales, d'en poursuivre les auteurs et de protéger la publicité des procédures judiciaires lorsqu'il est prouvé que ces derniers intérêts revêtent une importance encore plus grande<sup>93</sup>.

Toutefois, il faut limiter les ingérences qui en découlent autant que faire se peut à celles rendues strictement nécessaires par les spécificités de la procédure et les données du litige<sup>94</sup>.

#### c. Publicité des procédures judiciaires et huis-clos

En ce qui concerne les questions relatives à l'accessibilité au public des données à caractère personnel, il convient de laisser aux autorités nationales compétentes une certaine latitude pour établir un juste équilibre entre la protection de la publicité des procédures judiciaires, d'une part, et celle des intérêts d'une partie ou d'une tierce personne à voir de telles données rester confidentielles, d'autre part.

L'ampleur de la marge d'appréciation en la matière est fonction de facteurs tels que la nature et l'importance des intérêts en jeu et la gravité de l'ingérence<sup>95</sup>.

La Cour rappelle que les informations relatives à l'état de santé mentale sont par nature des informations extrêmement intimes et sensibles<sup>96</sup>.

En rejetant la demande de huis clos, la cour d'appel a permis à la presse et au public d'assister à l'audience et de prendre connaissance des pièces du dossier concernant l'état de santé du requérant. La cour d'appel était donc à l'origine de la diffusion dans la presse d'informations confidentielles concernant l'état de santé du requérant<sup>97</sup>.

<sup>91</sup> *Ibid.*, § 52.

<sup>92</sup> *Ibid.*, § 53.

<sup>93</sup> *Ibid.*, § 54.

<sup>94</sup> *Ibid.*, § 55.

<sup>95</sup> *Ibid.*, § 56.

<sup>96</sup> *Ibid.*, § 58.

<sup>97</sup> *Ibid.*, § 59.

Il ne peut pas être inféré du fait que le requérant avait versé au dossier des documents concernant son état de santé qu'il acceptait ainsi que des informations confidentielles le concernant fussent portées à la connaissance du public. Au contraire, force est de constater qu'il a demandé d'emblée à la cour d'appel de statuer à huis clos afin d'empêcher la divulgation de ces informations et qu'il a réitéré sa demande, sans succès, au début de l'audience<sup>98</sup>.

Au vu de ces éléments, le manquement de la cour d'appel à assurer la confidentialité des informations médicales concernant le requérant s'analyse en une ingérence de l'État dans l'exercice de son droit au respect de la vie privée<sup>99</sup>.

#### d. Sur la justification de l'ingérence

Il y a un intérêt général à examiner en audience publique les demandes de remise en liberté afin d'assurer la transparence des procédures judiciaires et de préserver ainsi la confiance du public dans la justice. Dès lors, le refus de la cour d'appel d'examiner la demande de remise en liberté à huis clos pouvait passer pour une mesure visant à protéger « les droits et libertés d'autrui »<sup>100</sup>.

Dans le cadre d'une procédure pénale, la cour d'appel était tenue de ménager un juste équilibre entre d'une part, l'intérêt général à assurer la transparence de la procédure judiciaire et, d'autre part, l'intérêt du justiciable à préserver la confidentialité des données concernant son état de santé<sup>101</sup>.

Dans certaines circonstances, une personne, même connue du public, peut se prévaloir d'une espérance légitime de protection et de respect de sa vie privée. En tout état de cause, à supposer que la notoriété d'un accusé puisse constituer l'un des facteurs à prendre en compte dans l'analyse de proportionnalité d'une demande d'examen d'une affaire à huis clos, force est de constater qu'en l'espèce, aucun examen individualisé de la proportionnalité d'une telle mesure n'a été fait par la cour d'appel<sup>102</sup>.

La Cour souligne également que la cour d'appel avait à se prononcer sur le maintien du requérant en détention provisoire. Les informations médicales confidentielles qui ont été dévoilées au public n'ont donc pas servi à l'examen du fond de l'accusation de corruption, mais uniquement à étayer la demande de libération formulée par le requérant, qui était fondée sur des arguments concernant son état de santé<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> *Ibid.*, § 60.

<sup>99</sup> *Ibid.*, § 61.

<sup>100</sup> *Ibid.*, § 64.

<sup>101</sup> *Ibid.*, § 67.

<sup>102</sup> *Ibid.*, § 72.

<sup>103</sup> *Ibid.*, § 73.

#### 4. *Divulgarion de données médicales à la police par un hôpital*

Les informations personnelles relatives à un patient relèvent de sa vie privée<sup>104</sup>.

De même, la conservation et la divulgation d'informations relatives à la vie privée d'un individu relèvent de l'article 8.

La protection des données à caractère personnel, et notamment des données médicales, revêt une importance fondamentale pour la jouissance du droit au respect de sa vie privée et familiale<sup>105</sup>.

La divulgation par un hôpital public des données médicales des requérants à la police constitue une ingérence dans leur droit au respect de la vie privée<sup>106</sup>.

La collecte de données médicales confidentielles par la police doit être accompagnée de garanties suffisantes pour prévenir toute divulgation qui ne seraient pas conformes avec le droit au respect de la vie privée<sup>107</sup>.

### H. PROTECTION DU SECRET PROFESSIONNEL DES AVOCATS – OBLIGATION DE TÉMOIGNER EN JUSTICE

#### 1. *Confirmation de la confidentialité de toutes les communications*

L'article 8 protège la confidentialité des communications privées peu importe le contenu de la correspondance concernée et peu importe la forme qu'elle peut prendre. Ceci signifie que l'article 8 protège la confidentialité de tous les échanges qui peuvent intervenir entre les individus à des fins de communication. Ceci peut couvrir des échanges comme, par exemple, des lettres, des conversations téléphoniques, des communications orales ou des données électroniques<sup>108</sup>.

Le fait d'exiger des avocats qu'ils signalent aux autorités des informations concernant une autre personne et qui sont entrées en leur possession à la suite d'échanges avec cette personne a été considéré comme une ingérence dans le droit des avocats au respect de leur correspondance<sup>109</sup>.

Une telle obligation constitue également une ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée, notion qui n'exclut pas les activités de nature professionnelle ou commerciale<sup>110</sup>.

<sup>104</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 22 octobre 2020, n° 79783/13, *J.M. et A.T. c. Macédoine du Nord*, § 31.

<sup>105</sup> *Ibid.*, § 31.

<sup>106</sup> *Ibid.*, § 42.

<sup>107</sup> En ce sens, *cfr.* *Ibid.*, § 50.

<sup>108</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 19 novembre 2020, n° 24173/19, *Klaus Müller c. Allemagne*, § 37.

<sup>109</sup> *Ibid.*, § 38.

<sup>110</sup> *Ibid.*, § 39.



L'article 8 protège le droit d'établir et de développer des relations avec d'autres êtres humains et le monde extérieur. Ces considérations doivent s'appliquer lorsqu'un avocat est obligé de déposer en tant que témoin et de fournir des informations dans le cadre d'une procédure pénale sur les échanges qu'il a eus avec d'autres personnes dans le cadre de ses activités professionnelles<sup>111</sup>.

La Cour rappelle également qu'elle a posé le principe, d'ailleurs généralement admis, selon lequel la protection de la confidentialité des communications entre avocats ne couvre que la relation entre un avocat et ses clients. Elle a souligné dans ce contexte que la loi doit indiquer avec suffisamment de clarté quelles sont les questions liées à l'activité de l'avocat qui relèvent de la relation avocat-client et qui sont donc protégées par la confidentialité des communications professionnelles<sup>112</sup>.

## 2. Nécessité de l'ingérence

Une ingérence sera considérée comme «nécessaire dans une société démocratique» à un objectif légitime si elle répond à un «besoin social impérieux» et, en particulier, si elle est proportionnée à l'objectif légitime poursuivi et si les raisons invoquées par les autorités nationales pour la justifier sont «pertinentes et suffisantes»<sup>113</sup>.

S'il appartient aux autorités nationales de procéder à l'appréciation initiale de cette ingérence, l'évaluation finale de la nécessité de l'ingérence reste soumise au contrôle de la Cour quant à sa conformité aux exigences de la Convention.

Une marge d'appréciation doit être laissée aux autorités nationales compétentes dans cette évaluation.

L'étendue de cette marge varie et dépend d'un certain nombre de facteurs, dont la nature du droit de la Convention en cause, son importance pour l'individu, la nature de l'ingérence et le but poursuivi par celle-ci.

La marge aura tendance à être plus étroite lorsque le droit en cause est crucial pour la jouissance effective par l'individu de droits intimes ou essentiels.

Lorsqu'une facette particulièrement importante de l'existence ou de l'identité d'un individu est en jeu, la marge laissée à l'État sera restreinte.

En revanche, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, ni sur l'importance relative de l'intérêt en jeu, ni sur la meilleure façon de le protéger, la marge sera plus large.

<sup>111</sup> *Ibid.*, § 40.

<sup>112</sup> *Ibid.*, § 52.

<sup>113</sup> *Ibid.*, § 65.

Il y aura aussi généralement une grande marge si l'État doit trouver un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits de la Convention<sup>114</sup>.

Pour déterminer si, dans le cas qui lui était soumis, l'ingérence dans les droits du requérant au respect de sa correspondance et de sa vie privée par l'injonction de payer une amende administrative était nécessaire dans une société démocratique, la Cour observe d'emblée que différents intérêts concurrents étaient en jeu.

D'une part, le secret professionnel invoqué par le requérant, qui, comme il est généralement admis, ne couvre que les relations entre un avocat et ses clients, servait à la fois l'intérêt professionnel et commercial du requérant en tant qu'avocat à la protection de ses échanges avec les représentants de ses clients et d'autre part, l'intérêt public à garantir une bonne administration de la justice. Ces intérêts étaient en concurrence avec l'intérêt public à la prévention de la criminalité, qui est servi par l'établissement complet de la vérité<sup>115</sup>.

Quant à la proportionnalité de la mesure au but légitime poursuivi, la Cour relève que le droit et la pratique internes protègent le secret professionnel des avocats en ce qu'ils prévoient une exception à ladite obligation de témoigner dans une procédure pénale pour les avocats dans certaines circonstances. Dans le cas qui lui était soumis, la loi prévoyait que les avocats pouvaient, en principe, refuser de témoigner au sujet d'informations qui leur avaient été confiées ou dont ils avaient eu connaissance en cette qualité. Toutefois, il n'avait plus le droit de ne pas témoigner s'il était délié de son obligation de secret par son client, dont cette obligation sert en premier lieu à la protection<sup>116</sup>.

## I. PERQUISITIONS ET SAISIES D'ÉQUIPEMENTS INFORMATIQUES ET ÉLECTRONIQUES

### 1. *Saisies d'équipements informatiques chez des avocats et conseillers juridiques*

Toute mesure, si elle ne diffère pas, dans ses modalités d'exécution et ses effets pratiques, d'une perquisition, constitue, indépendamment de sa qualification en droit interne, une ingérence dans les droits des requérants au sens de l'article 8<sup>117</sup>.

La persécution et le harcèlement des membres de la profession juridique frappent au cœur même du système de la Convention. Par conséquent, les perquisitions au domicile ou au bureau des avocats doivent faire l'objet d'un examen particulièrement rigoureux<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> *Ibid.*, § 66.

<sup>115</sup> *Ibid.*, § 67.

<sup>116</sup> *Ibid.*, § 68 (voy. l'opinion dissidente jointe à cet arrêt).

<sup>117</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 4 février 2020, n° 11264/04 et autres, *Kruglov et autres c. Russie*, § 123.

<sup>118</sup> *Ibid.*, § 125.

Pour déterminer si les ingérences étaient nécessaires dans une société démocratique, la Cour doit vérifier si des garanties effectives contre les abus ou l'arbitraire sont disponibles en droit interne et comment ces garanties ont fonctionné dans les cas spécifiques examinés.

Les éléments à prendre en considération à cet égard sont<sup>119</sup>:

- la gravité de l'infraction pour laquelle la perquisition et la saisie ont été effectuées;
- le fait qu'elles aient été effectuées en vertu d'une ordonnance émise par un juge ou un officier de justice ou qu'elles aient fait l'objet d'un contrôle judiciaire *a posteriori*;
- le fait que l'ordonnance ait été fondée sur des soupçons raisonnables et que sa portée ait été raisonnablement limitée;
- la manière dont la perquisition a été exécutée et notamment – lorsqu'il s'agit du bureau d'un avocat – si elle a été effectuée en présence d'un observateur indépendant ou si d'autres garanties spéciales étaient disponibles pour s'assurer que des documents couverts par le secret professionnel n'ont pas été saisis;
- l'ampleur des répercussions possibles sur le travail et la réputation des personnes concernées par la perquisition.

Selon la jurisprudence de la Cour, les mandats de perquisition doivent être rédigés, dans la mesure du possible, de manière à ce que leur impact reste dans des limites raisonnables<sup>120</sup>.

Le seul contrôle judiciaire n'est pas en soi une garantie suffisante contre les abus<sup>121</sup>.

Il serait incompatible avec la prééminence du droit de laisser sans aucune garantie particulière l'ensemble des relations entre les clients et leurs conseillers juridiques qui, à quelques exceptions près, exercent, de manière professionnelle et souvent indépendante, dans la plupart des domaines du droit, y compris la représentation des justiciables devant les tribunaux. Dès lors, la Cour estime également que les perquisitions dans les locaux des requérants (praticiens du droit mais non inscrits à un barreau) ont été menées sans garanties procédurales suffisantes contre l'arbitraire<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> *Ibid.*, § 127.

<sup>121</sup> *Ibid.*, § 128.

<sup>122</sup> *Ibid.*, § 137.

## 2. *Saisies d'équipements électroniques d'avocats contenant des informations couvertes par le secret professionnel*

### a. Sur l'ingérence

La perquisition du cabinet d'un avocat peut amener la Cour à examiner l'affaire sous l'angle de l'ingérence dans la vie privée, le domicile et la correspondance<sup>123</sup>.

Plus précisément, la Cour a jugé que la conservation par une autorité publique d'une copie des données électroniques saisies dans un cabinet d'avocats constituait en soi une ingérence dans la relation avocat-client, protégée par le secret professionnel, et dans le droit des avocats au respect de leur correspondance au sens de l'article 8<sup>124</sup>.

### b. Sur le caractère nécessaire dans une société démocratique

La Cour a déjà reconnu l'importance de garanties procédurales spécifiques lorsqu'il s'agit de protéger la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client et de protéger le secret professionnel. Le rôle joué par le bâtonnier constitue une garantie en matière de protection du secret professionnel.

La Convention ne s'oppose pas à ce que le droit interne prévoie la possibilité de perquisitionner le cabinet d'un avocat pour autant que des garanties appropriées et un encadrement strict soient prévus. Plus largement, sous réserve d'un contrôle strict, il est possible d'imposer aux avocats certaines obligations concernant leurs relations avec leurs clients, en cas, par exemple, d'indices crédibles de l'implication de l'avocat dans une infraction et dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent. La présence du bâtonnier est une garantie procédurale particulière<sup>125</sup>.

Dans des affaires comparables, la Cour a examiné si le droit et la pratique internes offraient des garanties adéquates et effectives contre tout abus et arbitraire. Les éléments pris en considération étaient notamment le fait de savoir si<sup>126</sup>:

- la perquisition était fondée sur un mandat délivré par un juge et reposant sur des soupçons raisonnables;
- si la portée du mandat était raisonnablement limitée;
- et – s'agissant de la perquisition du cabinet d'un avocat – si, par exemple, la perquisition a été effectuée en présence d'un observateur indépendant afin de s'assurer que des documents soumis au secret professionnel ne sont pas emportés.

<sup>123</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 17 décembre 2020, n° 71064/12, *Moculskis c. Lettonie*, § 38.

<sup>124</sup> *Ibid.*, § 39.

<sup>125</sup> *Ibid.*, § 47.

<sup>126</sup> *Ibid.*, §§ 48 et 51.

D'autres garanties procédurales peuvent également être envisagées<sup>127</sup>.

La Cour constate que de telles garanties n'ont pas été assurées en l'espèce pour les raisons suivantes<sup>128</sup>:

- la saisie de la tablette électronique du requérant n'a pas été accompagnée de garanties adéquates et effectives pour empêcher l'ingérence dans le secret professionnel, telles que, par exemple, l'interdiction de retirer des documents couverts par le secret professionnel ou la supervision de la fouille par un observateur indépendant;
- le fait que le requérant n'ait fait aucune remarque sur la saisie d'informations privilégiées n'était pas un élément pertinent puisque la police savait pertinemment qu'il était avocat et qu'il appartenait à l'État de garantir un cadre strict pour la réalisation de telles recherches;
- il n'y avait aucune possibilité de faire décider par un juge d'instruction si tel ou tel élément pouvait être utilisé par l'enquête si le requérant s'y était opposé en invoquant le secret professionnel;
- aucune information ne permettait de conclure que seules des informations pertinentes avaient été consultées sur la tablette électronique du requérant; ainsi, rien n'indiquait qu'une quelconque procédure de filtrage ait été suivie pendant la perquisition ou même par la suite en ce qui concerne les données électroniques contenues dans la tablette électronique du requérant.

La Cour peut admettre que, par principe, la rétention d'ordinateurs poursuive l'objectif légitime d'obtenir des preuves matérielles dans une enquête pénale en cours. Toutefois, l'absence d'examen de la pertinence et de la nécessité de conserver l'ensemble des données stockées sur la tablette électronique du requérant pendant toute la durée de la procédure pénale et l'absence de réponse à ses préoccupations concernant les documents privilégiés stockés sur cet ordinateur ont rendu l'examen du procureur excessivement formaliste et ont privé le requérant de garanties effectives contre les abus<sup>129</sup>.

### 3. Saisie d'un smartphone et réalisation d'une copie-miroir

Dans le contexte des perquisitions et des saisies, le droit interne doit offrir une certaine protection à l'individu contre toute ingérence arbitraire dans les droits garantis par l'article 8.

Ainsi, le droit interne doit être suffisamment clair dans ses termes pour donner aux citoyens une indication adéquate quant aux circonstances et aux conditions dans lesquelles les autorités publiques sont habilitées à recourir à de telles mesures.

<sup>127</sup> *Ibid.*, § 51.

<sup>128</sup> *Ibid.*, §§ 52-54.

<sup>129</sup> *Ibid.*, § 57.

En outre, les perquisitions et les saisies représentent une ingérence grave dans la vie privée, le domicile et la correspondance et doivent donc être fondées sur une loi particulièrement précise. Il est essentiel de disposer de règles claires et détaillées en la matière<sup>130</sup>.

La Cour a reconnu l'importance de garanties procédurales spécifiques lorsqu'il s'agit de protéger la confidentialité des échanges entre les avocats et leurs clients et protéger le secret professionnel.

Le secret professionnel est le fondement de la relation de confiance existant entre un avocat et son client et que la sauvegarde du secret professionnel est notamment le corollaire du droit du client de l'avocat de ne pas s'incriminer, ce qui suppose que les autorités cherchent à prouver leur cause sans recourir à des preuves obtenues par des méthodes de coercition ou d'oppression au mépris de la volonté de la personne inculpée.

Toutefois, dans sa jurisprudence, la Cour a établi une distinction entre la question de savoir si l'article 8 avait été violé en ce qui concerne les mesures d'instruction et la question des ramifications éventuelles d'un tel constat sur les droits garantis par l'article 6.

En outre, la Cour a souligné qu'il était clairement dans l'intérêt général que toute personne qui souhaite consulter un avocat soit libre de le faire dans des conditions favorisant une discussion complète et sans entrave et que c'est pour cette raison que la relation avocat-client est, en principe, privilégiée.

La Cour n'a pas limité cette considération aux seules questions relatives aux litiges en cours et elle a souligné que, que ce soit dans le cadre d'une assistance pour un litige civil ou pénal ou dans le cadre de la recherche de conseils juridiques généraux, les personnes qui consultent un avocat peuvent raisonnablement s'attendre à ce que leur communication soit privée et confidentielle<sup>131</sup>.

## J. PROTECTION DES DONNÉES DES UTILISATEURS DE CARTES SIM PRÉPAYÉES

### a. Marge d'appréciation de l'État en matière de protection de la sécurité nationale

Lorsqu'elles mettent en balance l'intérêt de l'État défendeur à protéger sa sécurité nationale par des mesures de surveillance secrète et la gravité de l'ingérence dans le droit d'un requérant au respect de sa vie privée, les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation dans le choix des moyens pour

<sup>130</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 17 décembre 2020, n° 459/18, *Saber c. Norvège*, § 50.

<sup>131</sup> *Ibid.*, § 51.



atteindre le but légitime de la protection de la sécurité nationale. Toutefois, cette marge est soumise à un contrôle européen portant à la fois sur la législation et sur les décisions d'application de celle-ci<sup>132</sup>.

L'étendue de la marge d'appréciation varie et dépend d'un certain nombre de facteurs :

- la nature du droit de la Convention en cause ;
- son importance pour l'individu ;
- la nature de l'ingérence ;
- l'objet poursuivi par l'ingérence.

La marge aura tendance à être plus étroite lorsque le droit en cause est crucial pour la jouissance effective par l'individu de droits intimes ou essentiels.

Lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, ni sur l'importance relative de l'intérêt en jeu, ni sur la meilleure façon de le protéger, la marge sera plus large<sup>133</sup>.

#### b. Ingérence dans la vie privée

Le simple fait de stocker des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8 de la Convention. Dans le cas d'espèce, la Cour a pris note de la constatation de la Cour constitutionnelle fédérale allemande selon laquelle l'étendue de la protection du droit à l'autodétermination informationnelle en droit interne ne se limite pas aux informations sensibles par nature et que, compte tenu des possibilités de traitement et de combinaison, il n'existait pas de données personnelles qui soient insignifiantes<sup>134</sup>.

#### c. Prévisibilité de l'ingérence

Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'exigence qu'une ingérence soit conforme au droit ne signifie pas seulement que la mesure en question doit avoir une certaine base en droit interne, mais aussi que le droit doit être accessible à la personne concernée et prévisible quant à ses effets.

Dans le cadre, entre autres, du stockage d'informations à caractère personnel, il est essentiel de disposer de règles claires et détaillées régissant les garanties minimales concernant, entre autres<sup>135</sup> :

- la durée ;
- le stockage ;

<sup>132</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 30 janvier 2020, n° 50001/12, *Breyer c. Allemagne*, § 79.

<sup>133</sup> *Ibid.*, § 80.

<sup>134</sup> *Ibid.*, § 81.

<sup>135</sup> *Ibid.*, § 83.

- l'utilisation ;
- l'accès des tiers ;
- les procédures de préservation de l'intégrité et de la confidentialité des données ;
- et les procédures de destruction.

La Cour constate que la conservation des données personnelles des requérants, lors de l'acquisition de cartes SIM de téléphones mobiles, s'est faite sur la base de l'article 111 de la loi sur les télécommunications, ce qui était, en ce qui concerne la quantité de données stockées, suffisamment clair et prévisible. En outre, la durée de stockage était clairement réglementée et l'aspect technique du stockage était, à tout le moins, après la publication du règlement et de la directive technique, suffisamment clair et prévisible<sup>136</sup>.

#### d. Nécessité de l'ingérence

Une ingérence sera considérée comme nécessaire dans une société démocratique pour atteindre un but légitime si elle répond à un besoin social impérieux et si elle est proportionnée au but légitime poursuivi.

La Cour constate que la lutte contre la criminalité, et en particulier contre la criminalité organisée et le terrorisme, qui est l'un des défis auxquels sont confrontées les sociétés européennes d'aujourd'hui, le maintien de la sécurité publique et la protection des citoyens constituent des besoins sociaux impérieux.

Elle reconnaît également que les moyens modernes de télécommunications et l'évolution des comportements en matière de communication exigent une adaptation des outils d'investigation des services répressifs et des agences de sécurité nationale<sup>137</sup>.

Le pré-enregistrement des abonnés à un service de téléphonie mobile simplifie et accélère considérablement les enquêtes des services répressifs et peut ainsi contribuer à l'efficacité de la répression et de la prévention des troubles ou des infractions.

En outre, l'existence de possibilités de contourner des obligations légales ne saurait être une raison pour remettre en cause l'utilité et l'efficacité globales d'une disposition légale.

Enfin, dans un contexte de sécurité nationale, les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation dans le choix des moyens pour atteindre un but légitime.

<sup>136</sup> *Ibid.*, § 84.

<sup>137</sup> *Ibid.*, § 88.

Il n'existe pas de consensus entre les États membres en ce qui concerne la conservation des informations relatives aux abonnés de cartes Sim prépayées. Compte tenu de la marge d'appréciation qui en découle, l'obligation de conserver les informations relatives aux abonnés, prévue à l'article 111 de la loi sur les télécommunications, peut être considérée, en général, comme une réponse appropriée à l'évolution des comportements de communication et des moyens de télécommunications<sup>138</sup>.

La question reste cependant de savoir si l'ingérence était proportionnée et a ménagé un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents<sup>139</sup>.

#### e. Gravité de l'ingérence

D'emblée, la Cour doit établir le niveau d'ingérence dans le droit à la vie privée des requérants. À cet égard, la Cour partage l'avis de la Cour constitutionnelle fédérale allemande selon lequel seul un ensemble limité de données a été stocké. Ces données ne comprenaient pas d'informations très personnelles et ne permettaient pas de créer des profils de personnalité ou de suivre les mouvements des abonnés au téléphone mobile. En outre, aucune donnée concernant des événements de communication individuels n'était stockée.

Le niveau d'ingérence doit donc être clairement distingué des affaires précédentes de la Cour qui concernaient, par exemple, le « metering », la géolocalisation ou le stockage de données relatives à la santé ou d'autres données sensibles.

En outre, l'affaire doit être distinguée des cas dans lesquels l'enregistrement dans une base de données particulière a conduit à des contrôles fréquents ou à une collecte supplémentaire d'informations privées<sup>140</sup>.

Enfin, dans la mesure où les requérants ont fait valoir que l'ingérence était grave parce que l'article 111 de la loi sur les télécommunications avait créé un registre de tous les utilisateurs de cartes SIM mobiles et qu'il était en ce sens comparable à la rétention de données en cause dans les affaires *Digital Rights Ireland* et *Seitlinger e.a.* ainsi que dans l'affaire *Tele2 Sverige* et *Tom Watson et autres*, la Cour note que la directive en cause dans ces affaires s'appliquait aux données de trafic et de localisation tant des personnes physiques que des personnes morales et aux données connexes nécessaires à l'identification de l'abonné ou de l'utilisateur enregistré<sup>141</sup>.

En conséquence, les données en cause dans la présente affaire ressemblent davantage à celles en cause dans un autre renvoi préliminaire, *Ministerio fiscal*. Comme l'a indiqué la C.J.U.E. dans cette dernière affaire, les données en ques-

<sup>138</sup> *Ibid.*, § 90.

<sup>139</sup> *Ibid.*, § 91.

<sup>140</sup> *Ibid.*, § 92.

<sup>141</sup> *Ibid.*, § 93.

tion « ne permettent pas de connaître la date, l'heure, la durée et les destinataires des communications effectuées avec la ou les cartes SIM en cause, ni les lieux où ces communications ont eu lieu ou la fréquence de ces communications avec des personnes déterminées pendant une période donnée. Ces données ne permettent donc pas de tirer des conclusions précises sur la vie privée des personnes dont les données sont concernées ». La Cour de justice de l'Union européenne en avait conclu que l'accès aux données en cause ne pouvait être défini comme une ingérence grave dans les droits fondamentaux des personnes dont les données sont concernées<sup>142</sup>.

La Cour en conclut que l'ingérence était de nature plutôt limitée même si elle n'était pas triviale<sup>143</sup>.

#### f. Garanties contre l'arbitraire

En ce qui concerne les garanties, la Cour observe que les requérants n'ont pas allégué que la conservation des données en cause était soumise à des insécurités techniques.

En outre, la durée de la conservation est limitée à l'expiration de l'année civile suivant celle de la fin de la relation contractuelle. Cette durée de stockage ne semble pas inappropriée, étant donné que les enquêtes sur les infractions pénales peuvent prendre un certain temps et s'étendre au-delà de la fin de la relation contractuelle terminée.

En outre, les données stockées semblent limitées aux informations nécessaires pour identifier clairement l'abonné concerné<sup>144</sup>.

La Cour convient qu'elle ne peut pas examiner la proportionnalité de l'ingérence sans évaluer de près l'accès et l'utilisation futurs possibles des données stockées. Par conséquent, elle estime qu'il est pertinent d'examiner la base juridique des demandes d'information et les garanties disponibles<sup>145</sup>.

La Cour observe que les données stockées sont davantage protégées contre les demandes d'information excessives ou abusives du fait que l'autorité requérante a besoin d'une base juridique supplémentaire pour récupérer les données. Comme l'explique la Cour constitutionnelle fédérale dans sa comparaison avec la double porte, les articles 112 et 113 de la loi sur les télécommunications n'autorisent que l'Agence fédérale des réseaux ou le fournisseur de services concerné à communiquer les données et une autre disposition est nécessaire pour permettre aux autorités spécifiées de demander les informations. En outre, la recherche est limitée

<sup>142</sup> *Ibid.*, § 94.

<sup>143</sup> *Ibid.*, § 95.

<sup>144</sup> *Ibid.*, § 96.

<sup>145</sup> *Ibid.*, § 97.

aux données nécessaires et cette exigence de nécessité est sauvegardée par une obligation générale pour les autorités respectives qui recherchent les informations d'effacer toutes les données dont elles n'ont pas besoin dans un délai raisonnable.

La Cour constitutionnelle fédérale avait souligné que l'exigence de nécessité signifiait, dans le contexte de la poursuite des infractions, qu'il devait y avoir au moins un soupçon initial.

La Cour admet qu'il existe des limitations suffisantes au pouvoir de demander des informations et que l'exigence de nécessité est non seulement inhérente aux dispositions juridiques spécifiques faisant l'objet de la présente plainte, mais aussi au droit allemand et européen en matière de protection des données<sup>146</sup>.

Au vu de ces éléments, la Cour peut accepter la conclusion de la Cour constitutionnelle fédérale selon laquelle les seuils prévus à l'article 113 de la loi sur les télécommunications étaient encore acceptables au regard du droit constitutionnel, compte tenu également du fait que l'obligation de présenter une demande écrite d'information était susceptible d'inciter l'autorité à n'obtenir les informations que lorsqu'elles étaient suffisamment nécessaires. À cet égard, la Cour relève également que, dans la pratique, les extractions manuelles semblent effectivement avoir été effectuées dans un nombre limité de cas par rapport aux demandes automatisées prévues à l'article 112 de la loi sur les télécommunications<sup>147</sup>.

#### g. Existence de contrôles des demandes d'information

Le contrôle des ingérences dans le droit au respect de la vie privée (en l'occurrence les ingérences qui ont pris la forme de mesures de surveillance secrète) peut intervenir à trois stades différents :

- lorsque l'ingérence est ordonnée pour la première fois ;
- pendant son exécution ;
- ou après qu'il y ait été mis fin.

Dans le cas où le contrôle est effectué à l'insu de l'individu au cours des deux premières étapes, il est essentiel que les procédures établies offrent elles-mêmes des garanties adéquates et équivalentes pour la sauvegarde des droits de l'individu<sup>148</sup>.

Le niveau de contrôle et de supervision doit être considéré comme un élément important, mais non décisif, dans l'évaluation de la proportionnalité de la collecte et du stockage d'un ensemble de données aussi limité<sup>149</sup>.

<sup>146</sup> *Ibid.*, § 100.

<sup>147</sup> *Ibid.*, § 101.

<sup>148</sup> *Ibid.*, § 102.

<sup>149</sup> *Ibid.*, § 103.

La possibilité de contrôle par les autorités compétentes en matière de protection des données garantit un examen par une autorité indépendante. En outre, étant donné que toute personne estimant que ses droits ont été violés peut former un recours, l'absence de notification et la confidentialité de la procédure d'extraction ne posent pas de problème au regard de la Convention<sup>150</sup>.

Étant donné qu'il n'existe pas de consensus entre les États membres concernant la collecte et le stockage d'informations limitées sur les abonnés, les États membres disposent d'une certaine marge d'appréciation dans le choix des moyens pour atteindre les objectifs légitimes de protection de la sécurité nationale et de lutte contre la criminalité, marge que l'Allemagne n'a pas outrepassée en l'espèce<sup>151</sup>.

## K. PROTECTION DE LA CORRESPONDANCE EN PRISON

Comme il est bien établi dans la jurisprudence de la Cour, en étant emprisonnée, une personne perd le droit à la liberté, mais continue de jouir de tous les autres droits et libertés fondamentaux, y compris le droit au respect de la vie familiale, de sorte que toute restriction de ces droits doit être justifiée dans chaque cas individuel. En l'espèce, le gouvernement azerbaïdjanais a reconnu que l'imposition des restrictions aux contacts du requérant avec sa famille et le monde extérieur avait constitué une ingérence dans ses droits protégés par l'article 8 de la Convention. La Cour ne voit aucune raison de juger autrement et considère que les mesures litigieuses ont constitué une ingérence dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale et de sa correspondance<sup>152</sup>.

## L. LIBERTÉ D'EXPRESSION, VIE PRIVÉE, RÉPUTATION ET HONNEUR

### 1. *Droit d'accès à l'information*

La question de savoir si et dans quelle mesure le refus d'accès à l'information constitue une ingérence dans les droits à la liberté d'expression d'un requérant doit être appréciée dans chaque cas individuel et à la lumière de ses circonstances particulières. Quatre critères sont pertinents dans cette évaluation:<sup>153</sup>

- 1° la raison de la demande d'information ;
- 2° la nature de l'information recherchée ;
- 3° le rôle de la personne dans la réception et la communication de ces informations au public ;
- 4° savoir si l'information recherchée existe et est accessible.

<sup>150</sup> *Ibid.*, § 107.

<sup>151</sup> *Ibid.*, § 108.

<sup>152</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 17 septembre 2020, n° 62775/14, *Mirgadirov c. Azerbaïdjan et Turquie*, § 115.

<sup>153</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 26 mars 2020, n° 10090/16, *Centre pour la démocratie et la prééminence du droit c. Ukraine*, § 82.



Pour que l'article 10 trouve à s'appliquer, il doit être déterminé si l'information recherchée est effectivement nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression<sup>154</sup>.

Les informations, données ou documents auxquels l'accès est demandé doivent généralement répondre à un critère d'intérêt public afin de susciter un besoin de divulgation en vertu de la Convention. Un tel besoin peut exister lorsque, entre autres, la divulgation assure la transparence sur la manière dont sont conduites les affaires publiques et sur les questions d'intérêt pour la société dans son ensemble et permet ainsi la participation du grand public à la gouvernance publique<sup>155</sup>.

La définition de ce qui peut constituer un sujet d'intérêt public dépend des circonstances de chaque cas. L'intérêt public concerne les questions qui touchent le public à un point tel qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui attirent son attention ou qui le concernent de manière significative, notamment en ce qu'elles affectent le bien-être des citoyens ou la vie de la communauté. C'est également le cas pour les questions qui sont susceptibles de donner lieu à une controverse considérable, qui concernent une question sociale importante ou qui portent sur un problème sur lequel le public aurait intérêt à être informé. L'intérêt public ne peut être réduit à la soif d'information du public sur la vie privée d'autrui, ni au désir de sensationnalisme ou même de voyeurisme d'un public. Pour savoir si un document se rapporte à un sujet d'importance générale, il est nécessaire d'apprécier le document dans son ensemble, compte tenu du contexte dans lequel il apparaît<sup>156</sup>.

À cet égard, la position privilégiée accordée par la Cour dans sa jurisprudence au discours et au débat politiques sur des questions d'intérêt public est pertinente. Les raisons pour lesquelles l'article 10, § 2 n'autorise que peu de restrictions à ces expressions militent également en faveur de l'octroi d'un droit d'accès, au titre de l'article 10, § 1<sup>er</sup>, à ces informations détenues par les autorités publiques<sup>157</sup>.

Il est important de savoir si la personne qui cherchait à accéder à l'information en question le fait dans le but d'informer le public en tant que « chien de garde public ».

Cela ne signifie pas pour autant qu'un droit d'accès à l'information doive s'appliquer exclusivement aux ONG et à la presse.

Un niveau élevé de protection s'étend également aux chercheurs universitaires et aux auteurs d'ouvrages sur des questions d'intérêt public.

<sup>154</sup> *Ibid.*, § 83.

<sup>155</sup> *Ibid.*, § 84.

<sup>156</sup> *Ibid.*, § 85.

<sup>157</sup> *Ibid.*, § 86.

Compte tenu du rôle important joué par Internet pour améliorer l'accès du public aux informations et faciliter la diffusion de celles-ci, la fonction des blogueurs et des utilisateurs populaires des médias sociaux peut également être assimilée à celle de « chiens de garde publics » en ce qui concerne la protection offerte par l'article 10<sup>158</sup>.

Le fait que l'information demandée soit prête et disponible constitue un critère important dans l'appréciation globale de la question de savoir si un refus de fournir l'information peut être considéré comme une ingérence dans le droit de recevoir et de communiquer des informations<sup>159</sup>.

La protection des informations à caractère personnel de leaders politiques est un objectif légitime qui autorise une restriction à la liberté d'expression. Toute la question est toutefois de savoir si les mesures prises pour assurer cette protection sont proportionnées<sup>160</sup>.

À cet égard, il faut mettre en balance l'intérêt des hommes politiques à ne pas voir divulguer ce type d'informations et les conséquences de cette non-divulgaration pour l'exercice effectif de la liberté d'expression<sup>161</sup>.

## *2. Retrait de l'accréditation d'un journaliste pour non-respect des conditions d'accès à des archives*

### *a. Importance de la liberté d'expression*

La Cour est consciente de la plus haute importance de la liberté d'expression en tant que l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions fondamentales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Par conséquent, dans les affaires concernant la liberté d'expression, l'application de ce critère de recevabilité devrait tenir dûment compte de l'importance de cette liberté et faire l'objet d'un examen minutieux de la part de la Cour. Cet examen devrait englober, entre autres, des éléments tels que la contribution à un débat d'intérêt général et la question de savoir si une affaire implique la presse ou d'autres médias d'information<sup>162</sup>.

### *b. Protection des droits des personnes concernées*

Il est raisonnable pour une autorité publique amenée à gérer des fichiers contenant des informations sur des particuliers de prévoir dans son règlement des

<sup>158</sup> *Ibid.*, § 87.

<sup>159</sup> *Ibid.*, § 88.

<sup>160</sup> *Ibid.*, § 116.

<sup>161</sup> *Ibid.*, § 118.

<sup>162</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 13 octobre 2020, n° 59174/13, *Gafius c. Roumanie*, § 39.

garanties visant à protéger les droits fondamentaux de ces personnes, y compris leur droit à la vie privée<sup>163</sup>.

### c. Obligations des journalistes

Toute personne, fût-elle journaliste, qui exerce sa liberté d'expression, assume « des devoirs et des responsabilités » dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé.

La protection offerte aux journalistes est subordonnée à la condition qu'ils agissent de bonne foi de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect des principes d'un journalisme responsable.

La notion de journalisme responsable est une notion qui ne couvre pas uniquement le contenu des informations qui sont recueillies et/ou diffusées par des moyens journalistiques.

Elle englobe aussi, entre autres, la licéité du comportement des journalistes. Le fait qu'un journaliste ait enfreint la loi applicable doit être pris en compte, mais il n'est pas déterminant pour établir s'il a agi de manière responsable<sup>164</sup>.

### d. Non-respect des conditions d'accès aux archives

Dans le cas soumis à la Cour, le requérant entendait fournir au public, en tant que chercheur et journaliste, des informations sur les méthodes utilisées par l'ancienne police politique dans le domaine des activités sportives<sup>165</sup>.

Mais, dans les faits, il en a profité pour publier des informations sur des personnes qui avaient collaboré avec la police politique et qui avaient fourni à cette dernière des informations sur différentes personnalités sportives. Même si la manière dont la Securitate avait agi sur les sportifs pendant la période communiste présentait un intérêt évident pour le public, les informations dévoilées au public présentaient des comportements qui relevaient de la sphère privée ou concernaient l'intégrité morale des personnalités sportives sur lesquelles la Securitate souhaitait obtenir des informations et leur rapport à la religion ou à la justice<sup>166</sup>.

Qui plus est, le requérant désignait nommément dans ces articles les personnalités sportives concernées. Les informations concernaient certes des sportifs très connus du public, mais elles n'avaient pas trait à leurs performances sportives ni même à l'activité sportive en général. Ces informations n'avaient pas été rendues

<sup>163</sup> *Ibid.*, § 72.

<sup>164</sup> *Ibid.*, § 77.

<sup>165</sup> *Ibid.*, § 79.

<sup>166</sup> *Ibid.*, § 82.

publiques par les personnes concernées, elles n'étaient pas accessibles au public par un autre moyen et il n'était pas possible d'en vérifier l'exactitude.

Dès lors, la Cour considère que ces informations révélaient des aspects de la vie privée des personnes mentionnées et que ces dernières étaient raisonnablement en droit d'attendre tant de la part de l'autorité qui les détenait que de la part du requérant, qui y avait eu accès, une protection de leur droit au respect de leur vie privée<sup>167</sup>.

Si la question de la collaboration avec l'ancienne police politique présente un intérêt public certain, le caractère sensible qu'elle revêt demande qu'elle soit abordée avec prudence et esprit critique. Or, en l'espèce, le requérant a choisi non pas de réaliser un examen académique des informations qu'il avait obtenues en étudiant les archives de la Securitate, mais de divulguer ces informations sous forme brute, sans en apprécier la pertinence au regard du but déclaré de sa recherche, qui était le sport pendant l'ère communiste et la manière dont les agents de la police politique agissaient et le type d'information qu'ils recherchaient. En outre, au lieu de trier ces informations et de respecter les dispositions applicables en matière de traitement des données à caractère personnel, le requérant a révélé au public des aspects de la vie privée des sportifs qui n'étaient nullement de nature à contribuer à un débat d'intérêt général<sup>168</sup>.

Eu égard au caractère très personnel des informations dévoilées, la Cour estime raisonnable et légitime que l'autorité publique détentrice de documents au contenu sensible, ait considéré que le non-respect par le requérant de ses obligations légales avait irrémédiablement compromis la confiance qui devait exister entre l'institution et les personnes auxquelles elle permettait d'accéder à ces documents<sup>169</sup>.

### 3. *Liberté d'expression des avocats*

En ce qui concerne la réglementation de la profession d'avocat, la Cour estime nécessaire de rappeler que le bon fonctionnement des tribunaux ne serait pas possible sans des relations fondées sur la considération et le respect mutuels entre les différents protagonistes de la justice, au premier rang desquels figurent les juges et les avocats<sup>170</sup>.

Le statut spécifique des avocats leur confère une position centrale dans l'administration de la justice en tant qu'intermédiaires entre le public et les tribunaux. Ce rôle particulier de l'avocat, en tant que professionnel indépendant, dans l'administration de la justice implique un certain nombre de devoirs, notamment en

<sup>167</sup> *Ibid.*, § 83.

<sup>168</sup> *Ibid.*, § 86.

<sup>169</sup> *Ibid.*, § 88.

<sup>170</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 25 juin 2020, n<sup>os</sup> 81024/12 et 28198/15, *Bagirov c. Azerbaïdjan*, § 78.

ce qui concerne son comportement. S'il est soumis à des restrictions quant à sa conduite professionnelle, qui doit être discrète, honnête et digne, il jouit également de droits et de privilèges exclusifs qui peuvent varier d'une juridiction à l'autre – parmi lesquels, généralement, une certaine latitude quant aux arguments utilisés devant les tribunaux<sup>171</sup>.

En outre, les associations professionnelles d'avocats jouent un rôle fondamental dans la protection des droits de l'homme et doivent donc être en mesure d'agir de manière indépendante. Le respect envers les collègues professionnels et l'autorégulation de la profession d'avocat sont primordiaux<sup>172</sup>.

Si les parties ont certainement le droit de commenter l'administration de la justice afin de protéger leurs droits, leurs critiques ne doivent pas dépasser certaines limites. En particulier, une distinction claire doit être faite entre la critique et l'insulte. Si la seule intention d'une forme d'expression est d'insulter un tribunal, ou des membres de ce tribunal, une sanction appropriée ne constituera pas, en principe, une violation de la liberté d'expression<sup>173</sup>.

Néanmoins, il convient de vérifier si la sanction infligée au requérant a ménagé un juste équilibre entre la nécessité de protéger l'autorité du pouvoir judiciaire et celle de protéger le droit du requérant à la liberté d'expression<sup>174</sup>.

Il est important de considérer que, dans la salle d'audience, le principe d'équité milite en faveur d'un échange libre et même vigoureux d'arguments entre les parties<sup>175</sup>.

À cet égard, la Cour observe que, dans une série d'affaires, elle a relevé un ensemble d'arrestations et de détentions arbitraires ou d'autres mesures prises à l'encontre de détracteurs du gouvernement, de militants de la société civile et de défenseurs des droits de l'homme. Dans ce contexte, la Cour souligne que, nonobstant les devoirs, notamment en matière de comportement, auxquels tout avocat doit se conformer, la nécessité alléguée, dans une société démocratique, d'une sanction de radiation d'un avocat dans des circonstances telles que celles-ci doit être étayée par des raisons particulièrement sérieuses<sup>176</sup>.

---

<sup>171</sup> *Ibid.*, § 78.

<sup>172</sup> *Ibid.*, § 78.

<sup>173</sup> *Ibid.*, § 78.

<sup>174</sup> *Ibid.*, § 79.

<sup>175</sup> *Ibid.*, § 80.

<sup>176</sup> *Ibid.*, § 103.

#### 4. Publication de photographies prises secrètement

##### a. Vie privée et prise secrète de photographies

La notion de vie privée s'étend aux aspects liés à l'identité personnelle, telle que l'image de la personne. L'image d'une personne constitue l'un des principaux attributs de sa personnalité, car elle révèle les caractéristiques uniques de cette personne et la distingue de ses pairs.

Le droit de chaque personne à la protection de son image présuppose le droit de contrôler l'utilisation de cette image. Si, dans la plupart des cas, il implique la possibilité de refuser la publication de l'image, il couvre également le droit de la personne de s'opposer à l'enregistrement, la conservation et la reproduction de l'image<sup>177</sup>.

La publication d'une photographie ou d'un enregistrement vidéo peut constituer une ingérence dans la vie privée<sup>178</sup>.

Quant à la question de savoir si la vie privée d'une personne est concernée par des mesures prises en dehors de son domicile ou de locaux privés, la Cour a déjà jugé que, étant donné qu'il arrive que des personnes s'engagent sciemment ou intentionnellement dans des activités qui sont ou peuvent être enregistrées ou rapportées de manière publique, les attentes raisonnables d'une personne en matière de vie privée peuvent constituer un facteur important, mais pas nécessairement déterminant, dans cette appréciation.

Afin de déterminer si l'article 8 s'applique, la Cour juge également pertinent d'examiner si l'individu en question a été visé par la mesure de surveillance ou si les données à caractère personnel ont été traitées, utilisées ou rendues publiques d'une manière ou à un degré dépassant ce que les intéressés pouvaient raisonnablement prévoir<sup>179</sup>.

En l'espèce, la requérante a été photographiée à la sortie de l'hôpital après son accouchement. Elle n'était pas consciente du fait qu'elle était photographiée. En outre, elle a été individuellement visée par le photographe et les photographies accompagnées de légendes ont été publiées dans un magazine diffusé à l'échelle nationale. Par conséquent, l'exposition de la requérante lorsqu'elle a quitté l'hôpital pour ramener son nouveau-né à la maison dépassait de loin toute exposition qu'elle aurait pu prévoir à cet endroit<sup>180</sup>.

<sup>177</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 19 novembre 2020, n° 18068/11, *Dupate c. Lettonie*, § 40.

<sup>178</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 7 mai 2020, n° 35283/14, *Khadija Ismayilova c. Azerbadjian*, § 37.

<sup>179</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 19 novembre 2020, n° 18068/11, *Dupate c. Lettonie*, § 41.

<sup>180</sup> *Ibid.*, § 43.



b. Critères pour la mise en balance du droit au respect de la vie privée et de la liberté d'expression

Les critères à prendre en considération pour évaluer la mise en balance du droit au respect de la vie privée et de la liberté d'expression sont les suivants<sup>181</sup> :

- la contribution à un débat d'intérêt public ;
- le degré de notoriété de la personne concernée ;
- le sujet de la publication ;
- la conduite antérieure de la personne concernée ;
- le contenu, la forme et les conséquences de la publication ;
- et les circonstances dans lesquelles les photographies ont été prises.

c. Importance de la liberté d'expression

La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions fondamentales de son progrès et de l'épanouissement de chaque individu.

d. Obligations des journalistes

Si la liberté d'expression inclut la publication de photographies, il s'agit néanmoins d'un domaine dans lequel la protection des droits et de la réputation d'autrui revêt une importance particulière, car les photographies peuvent contenir des informations très personnelles, voire intimes, sur un individu et sa famille.

La mission d'information comporte nécessairement des devoirs et responsabilités, ainsi que des limites que la presse doit s'imposer spontanément.

Dès lors qu'il s'agit d'une information mettant en jeu la vie privée d'autrui, les journalistes sont tenus de prendre en compte, dans la mesure du possible, l'impact des informations et des images à publier avant leur diffusion.

Certains événements relatifs à la vie privée et familiale bénéficient d'une protection particulièrement attentive en vertu de l'article 8 et méritent donc une prudence et une précaution particulières lors de leur couverture<sup>182</sup>.

e. La contribution à un débat d'intérêt général

Dans les cas où la Cour a dû mettre en balance la protection de la vie privée et la liberté d'expression, elle a toujours souligné la contribution apportée par des photos ou des articles de presse à un débat d'intérêt général.

<sup>181</sup> *Ibid.*, § 46.

<sup>182</sup> *Ibid.*, § 47.

Dans son arrêt de 2004 dans l'affaire *Von Hannover*, la Cour a établi une distinction entre la couverture de faits – même controversés – susceptibles de contribuer à un débat dans une société démocratique, et la couverture de détails de la vie privée d'un individu qui n'exerce pas de fonctions officielles. Alors que dans le premier cas, la presse exerce son rôle vital de chien de garde dans une démocratie en communiquant des informations et des idées sur des questions d'intérêt public, elle ne le fait pas dans le second cas.

Lorsque la situation ne relève d'aucun débat politique ou public et que les photos publiées et les commentaires qui les accompagnent portent exclusivement sur des détails de la vie privée de la personne, dans le seul but de satisfaire la curiosité d'un lectorat particulier, la liberté d'expression appelle une interprétation plus étroite<sup>183</sup>.

Bien que la publication d'informations sur la vie privée de personnalités publiques ait généralement un but de divertissement, elle contribue quand même à la variété des informations disponibles pour le public et bénéficie incontestablement de la protection de l'article 10.

Toutefois, cette protection peut céder aux exigences de l'article 8 lorsque les informations en cause sont de nature privée et intime et que leur diffusion ne présente pas d'intérêt public.

Des articles visant uniquement à satisfaire la curiosité d'un lectorat particulier sur les détails de la vie privée d'une personne, aussi connue soit-elle, ne peuvent être considérés comme contribuant à un quelconque débat d'intérêt général pour la société.

En outre, la Cour rappelle que, bien que la naissance d'un enfant soit un événement de nature intime, elle relève également de la sphère publique, puisqu'elle s'accompagne en principe d'une déclaration publique (l'acte d'état civil) et de l'établissement d'un lien juridique de filiation. Un reportage sur une naissance ne saurait être considéré, en soi, comme une divulgation portant exclusivement sur les détails de la vie privée d'autrui et destinée à satisfaire la curiosité du public<sup>184</sup>.

#### f. Le degré de notoriété de la personne et les événements partagés avec une personnalité publique

En ce qui concerne les événements partagés, le degré de notoriété d'une personne par rapport à une occasion spécifique pourrait être déduit du statut public de son partenaire. De même, la Cour a considéré qu'une personne privée peut entrer dans le domaine public par son comportement et son association avec une personne

<sup>183</sup> *Ibid.*, § 48.

<sup>184</sup> *Ibid.*, § 51.

publique. Toutefois, dans ces cas, la Cour a également évalué si les informations divulguées concernaient principalement la personne publique et ne touchaient pas le cœur de la vie privée de la personne privée. Par conséquent, si une personne privée est susceptible d'être exposée au public de cette façon, la Cour prend dûment en considération l'étendue des informations rendues publiques<sup>185</sup>.

#### g. Le sujet de la publication

Les devoirs et responsabilités liés à l'exercice de la liberté d'expression sont particulièrement importants en ce qui concerne la diffusion au grand public de photographies révélant des informations personnelles et intimes sur un individu.

Certains événements de la vie d'une famille doivent faire l'objet d'une protection particulièrement attentive et doivent donc conduire les journalistes à faire preuve de prudence et de précaution lorsqu'ils les couvrent<sup>186</sup>.

L'accouchement est un moment unique et délicat de la vie d'une femme, qui englobe notamment des questions d'intégrité physique et morale, d'information sur la santé et de choix du lieu de l'accouchement. Le retour à la maison du nouveau-né peu après l'accouchement fait partie de cette expérience et se déroule dans la période sensible du post-partum. Toute évaluation de la manière dont ces événements ont été rapportés doit, selon la Cour, en tenir compte<sup>187</sup>.

Même lorsque l'article apporte une contribution au débat public, la divulgation d'informations privées ne doit pas dépasser la latitude accordée à l'appréciation éditoriale et doit être justifiée<sup>188</sup>.

La Cour observe que, dans le cas d'espèce, rien dans le raisonnement des juridictions internes ne suggère que la publication des photographies de la requérante la représentant après l'accouchement aurait été nécessaire pour assurer la crédibilité du récit de la naissance de son enfant ou qu'il y aurait eu un besoin impérieux pour le public de voir ce matériel supplémentaire divulgué. La Cour est également d'avis que les juridictions internes n'ont pas suffisamment expliqué leur conclusion selon laquelle le fait que J.N. ait informé le public de la grossesse de la requérante aurait transformé le fait de ramener le nouveau-né à la maison en un événement public. Si les journalistes pouvaient en effet légitimement considérer qu'ils pouvaient publier des informations sur la naissance de l'enfant, l'accouchement et le retour à la maison de l'enfant n'ont toutefois pas perdu leur caractère intrinsèquement privé du seul fait de la divulgation de ce fait<sup>189</sup>.

<sup>185</sup> *Ibid.*, § 55.

<sup>186</sup> *Ibid.*, § 59.

<sup>187</sup> *Ibid.*, § 60.

<sup>188</sup> *Ibid.*, § 61.

<sup>189</sup> *Ibid.*, § 62.

## h. La conduite antérieure de la personne

Le simple fait d'avoir coopéré avec la presse à des occasions antérieures ou une tolérance ou un accommodement antérieur, supposé ou réel, à l'égard d'articles touchant à la vie privée ne peut servir d'argument pour priver la personne du droit à la vie privée. *A fortiori*, le fait de ne pas avoir contesté un article moins intrusif ne peut être invoqué pour justifier des articles plus intrusifs à l'avenir. En outre, même lorsque des personnes ont rendu publiques des informations privées les concernant, la manière dont elles sont ensuite présentées doit être justifiée dans les circonstances de l'espèce<sup>190</sup>.

Le fait que la personne ait donné des interviews ne dispense pas l'État de son obligation positive de protéger la vie privée de cette personne, car le fait de chercher à profiter des médias pour partager des informations dans un cadre que la personne a choisi ne peut, en principe, être retenu contre elle<sup>191</sup>.

## i. Les circonstances dans lesquelles les photographies ont été prises

Le caractère équitable des moyens utilisés pour obtenir l'information et la reproduire pour le public est un critère essentiel à prendre en compte. En l'espèce, la Cour estime que la requérante ne s'est pas exposée à la possibilité d'être photographiée dans le cadre d'une activité susceptible d'être enregistrée ou rapportée de manière publique. Les juridictions internes n'ont pas tenu compte du fait que la requérante devait traverser l'espace public entre l'entrée de l'hôpital et sa voiture afin de ramener son nouveau-né à la maison. Cet événement intrinsèquement privé n'était pas une activité pour laquelle la requérante aurait dû prévoir une publicité. Dans de telles circonstances, une protection efficace de l'image d'une personne présuppose l'obtention du consentement de la personne concernée au moment où la photo est prise et non pas seulement si et quand elle est publiée. Sinon, un attribut essentiel de la personnalité reste entre les mains d'un tiers et la personne concernée n'a aucun contrôle sur toute utilisation ultérieure de l'image<sup>192</sup>.

Rien dans la jurisprudence de la Cour ne permet de suggérer qu'une violation de la vie privée ne peut intervenir que si une personne a été suivie de manière systématique<sup>193</sup>.

La Cour estime que si les juridictions internes se sont livrées à l'exercice de mise en balance entre le droit à la vie privée et la liberté d'expression, cet exercice n'a pas été réalisé conformément aux critères énoncés dans la jurisprudence de la Cour.

<sup>190</sup> *Ibid.*, § 64.

<sup>191</sup> *Ibid.*, § 64.

<sup>192</sup> *Ibid.*, § 71.

<sup>193</sup> *Ibid.*, § 72.

Plus important encore, une attention suffisante n'a pas été accordée à la contribution limitée de l'article à des questions d'importance publique et à la nature sensible du sujet illustré par les photographies.

Aucune distinction n'a été faite entre des informations factuelles relevant partiellement de la sphère publique et la publication de photographies prises secrètement et décrivant un moment essentiellement privé de la vie du requérant.

L'évaluation du comportement antérieur du requérant était erronée et la manière intrusive de prendre les photographies – qui avait été le point central de l'article – n'a pas été prise en compte<sup>194</sup>.

## 5. Protection de la réputation et de l'honneur

### a. Vie privée et réputation

La réputation fait partie de l'identité personnelle et de l'intégrité psychologique et morale qui relèvent de la vie privée même si la personne fait l'objet de critiques dans le cadre d'un débat public. Les mêmes considérations s'appliquent à l'honneur d'une personne<sup>195</sup>.

Le droit d'une personne à la protection de sa réputation est donc couvert par l'article 8 en tant qu'élément du droit au respect de la vie privée<sup>196</sup>.

Pour que l'article 8 entre en jeu, il faut toutefois que l'atteinte à la réputation d'une personne atteigne un certain niveau de gravité et d'une manière qui porte atteinte à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée<sup>197</sup>. Cette exigence couvre la réputation sociale, réputation en général, ainsi que la réputation professionnelle en particulier.

L'exigence d'atteindre un certain niveau de gravité a été appliquée non seulement dans les contextes plus étroits de l'honneur et de la réputation en tant qu'aspects particuliers de la vie privée, mais aussi dans d'autres contextes impliquant le concept plus général et large de vie privée, comme la publication d'une photographie<sup>198</sup>.

<sup>194</sup> *Ibid.*, § 74.

<sup>195</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 25 juin 2020, n° 68317/13, *Miljevic c. Croatie*, § 49; arrêt du 20 octobre 2020, n° 36944/07, *Kaboglu et Oran c. Turquie*, § 66.

<sup>196</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 26 mai 2020, n° 50469/14, *Marina c. Roumanie*, § 51; arrêt du 25 juin 2020, n° 68317/13, *Miljevic c. Croatie*, § 49; arrêt du 20 octobre 2020, n° 36944/07, *Kaboglu et Oran c. Turquie*, § 66.

<sup>197</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 7 mai 2020, n° 35283/14, *Khadija Ismayilova c. Azerbadjian*, § 39; arrêt du 26 mai 2020, n° 50469/14, *Marina c. Roumanie*, § 52; arrêt du 25 juin 2020, n° 68317/13, *Miljevic c. Croatie*, § 49; arrêt du 20 octobre 2020, n° 36944/07, *Kaboglu et Oran c. Turquie*, § 66.

<sup>198</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 7 mai 2020, n° 35283/14, *Khadija Ismayilova c. Azerbadjian*, § 39.

L'utilisation d'expressions ou de caricatures offensantes, même dans le cadre d'une critique portant sur un sujet d'intérêt général, peut porter atteinte à la réputation d'une personne.

Une atteinte à la réputation d'une personne peut également être commise en touchant aux caractéristiques intimes d'une personne qui constituent des parties profondes de son identité, comme la déformation délibérée du sexe d'une personne<sup>199</sup>.

Le degré de gravité requis pour relever de la notion de vie privée est atteint dès lors que la réputation de la personne est affectée par les informations faisant état de soupçons quant à sa participation à des infractions pénales graves sans qu'elle ait apparemment été mise en examen ou condamnée pour ces infractions<sup>200</sup>.

En revanche, l'article 8 ne peut être invoqué pour se plaindre d'une atteinte à la réputation qui est la conséquence prévisible de ses propres actes, comme, par exemple, la commission d'une infraction pénale<sup>201</sup>.

## b. Sur la liberté d'expression en général

La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun<sup>202</sup>.

Elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent<sup>203</sup>.

## c. Restrictions à la liberté d'expression

L'article 10, § 2 ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours et du débat politiques – dans lequel la liberté d'expression revêt la plus haute importance – ou dans le domaine des questions d'intérêt général. La marge d'appréciation des États est en effet réduite en matière de débat touchant à l'intérêt général<sup>204</sup>.

Pour vérifier qu'une émission concerne une information d'importance générale, il faut en apprécier la totalité et rechercher si cette émission, prise dans son

<sup>199</sup> *Ibid.*, § 38.

<sup>200</sup> Cour eur. D.H., décision du 24 novembre 2020, n° 52737/18, *G.S. Omarsson c. Islande*, § 30.

<sup>201</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 25 juin 2020, n° 68317/13, *Miljevic c. Croatie*, § 49.

<sup>202</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 30 juin 2020, n° 21768/12, *Petro Carbo Chem S.E. c. Roumanie*, § 38.

<sup>203</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 7 mai 2020, n° 35283/14, *Khadija Ismayilova c. Azerbadjian*, § 57; arrêt du 30 juin 2020, n° 21768/12, *Petro Carbo Chem S.E. c. Roumanie*, § 38.

<sup>204</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 26 mai 2020, n° 50469/14, *Marina c. Roumanie*, § 69; arrêt du 30 juin 2020, n° 21768/12, *Petro Carbo Chem S.E. c. Roumanie*, § 38; arrêt du 20 octobre 2020, n° 36944/07, *Kaboglu et Oran c. Turquie*, § 67.



ensemble et au regard du contexte dans lequel elle s'inscrit, se rapporte à une question d'intérêt général<sup>205</sup>.

L'atteinte à la liberté d'expression doit être envisagée à la lumière de la teneur des déclarations incriminées ainsi que du contexte dans lequel elles s'inscrivent.

La nature et la lourdeur des peines infligées sont aussi des éléments à prendre en considération.

Toutefois, une distinction fondamentale doit être opérée entre le fait de rapporter des faits – même s'ils sont controversés – susceptibles de contribuer à un débat d'intérêt public général dans une société démocratique, et le fait de faire des allégations sordides sur la vie privée d'un individu.

Le rôle prééminent de la presse dans une démocratie et son devoir d'agir comme un chien de garde public sont des considérations importantes en faveur d'une interprétation étroite de toute limitation de la liberté d'expression. Toutefois, des considérations différentes s'appliquent aux reportages de presse qui se concentrent sur des nouvelles sensationnelles et, parfois, macabres, destinées à titiller et à divertir, et qui visent à satisfaire la curiosité d'un lectorat particulier concernant des aspects de la vie strictement privée d'une personne.

De tels reportages ne bénéficient pas de la solide protection de l'article 10 accordée à la presse et, dans de tels cas, la liberté d'expression appelle une interprétation plus étroite.

Tout en confirmant le droit garanti par l'article 10 aux membres du public d'avoir accès à un large éventail de publications couvrant des domaines variés, la Cour a souligné que, lorsqu'il s'agit d'évaluer, dans le contexte d'une publication particulière, s'il existe un intérêt public justifiant une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, l'accent doit être mis sur le fait que la publication est dans l'intérêt du public et non sur le fait que le public pourrait être intéressé par sa lecture<sup>206</sup>.

#### d. Obligations de la presse et des journalistes

La presse joue un rôle essentiel dans une société démocratique. Bien qu'elle ne doive pas dépasser certaines limites, notamment en ce qui concerne la réputation et les droits d'autrui, ainsi que la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations reçues à titre confidentiel, son devoir est néanmoins de communiquer (d'une manière compatible avec ses obligations et responsabilités) des informa-

<sup>205</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 26 mai 2020, n° 50469/14, *Marina c. Roumanie*, § 69.

<sup>206</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 7 mai 2020, n° 35283/14, *Khadija Ismayilova c. Azerbadjan*, § 58.

tions et des idées sur toutes les questions d'intérêt public<sup>207</sup>, et le public a également le droit de les recevoir<sup>208</sup>.

La mission d'information comporte nécessairement des devoirs et responsabilités, ainsi que des limites que la presse doit s'imposer spontanément<sup>209</sup>.

En effet, la protection accordée par l'article 10 de la Convention aux journalistes est soumise à la condition qu'ils agissent de bonne foi afin de fournir des informations exactes et fiables, conformément aux principes du journalisme responsable<sup>210</sup>. À cette fonction qui consiste à diffuser des informations et des idées sur de telles questions s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir<sup>211</sup>.

Le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général exige qu'ils agissent de bonne foi et sur la base de faits exacts, en fournissant des informations « fiables et précises » conformément à l'éthique du journalisme.

En cas de déclarations factuelles diffamatoires, les journalistes ont l'obligation de vérifier ces déclarations, à moins que des raisons particulières ne justifient qu'ils soient dispensés de cette obligation.

La question de savoir si de tels motifs existent dépend notamment de la nature et du degré de la diffamation en question et de la mesure dans laquelle le média peut raisonnablement considérer ses sources comme fiables en ce qui concerne les allégations.

Dans le contexte des interviews, la sanction d'un journaliste pour avoir contribué à la diffusion de déclarations faites par une autre personne lors d'une interview entrave gravement la contribution de la presse à la discussion de questions d'intérêt public et ne doit pas être envisagée, sauf si des raisons particulièrement fortes le justifient.

Dans ce contexte, il n'incombe pas nécessairement à un journaliste de vérifier la véracité d'allégations contestées, pour autant que le journaliste agisse de bonne foi et avec une diligence suffisante.

Une exigence générale imposant aux journalistes de se distancier systématiquement ou formellement du contenu d'une citation susceptible de porter atteinte à

<sup>207</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 7 mai 2020, n° 35283/14, *Khadija Ismayilova c. Azerbadjian*, § 57 ; arrêt du 26 mai 2020, n° 50469/14, *Marina c. Roumanie*, § 64.

<sup>208</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 7 mai 2020, n° 35283/14, *Khadija Ismayilova c. Azerbadjian*, § 57.

<sup>209</sup> *Ibid.*, § 57.

<sup>210</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 14 mai 2020, n°s 48534/10 et 19532/15, *Rodina c. Lettonie*, § 108 ; arrêt du 26 mai 2020, n° 50469/14, *Marina c. Roumanie*, § 64.

<sup>211</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 26 mai 2020, n° 50469/14, *Marina c. Roumanie*, § 64.

la réputation d'autrui n'est pas conciliable avec le rôle de la presse, qui consiste à fournir des informations sur l'actualité, les opinions et les idées<sup>212</sup>.

#### e. Distinction entre les faits et les jugements de valeur

Dans le cadre de la liberté d'expression, la Cour a établi une distinction entre les déclarations de faits et les jugements de valeur<sup>213</sup>.

Si la matérialité des premières peut se prouver, les secondes ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude<sup>214</sup>.

Toutefois, même en présence de jugements de valeur, la proportionnalité de l'ingérence dépend de l'existence d'une base factuelle pour la déclaration incriminée puisque même un jugement de valeur totalement dépourvu de base factuelle peut se révéler excessif<sup>215</sup>.

L'exigence de prouver la vérité d'un jugement de valeur est impossible à satisfaire et porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même, qui est une partie fondamentale du droit garanti par l'article 10<sup>216</sup>.

Afin de distinguer entre une allégation factuelle et un jugement de valeur, il est nécessaire de tenir compte des circonstances de l'affaire et du ton général des propos, en gardant à l'esprit que les affirmations sur des questions d'intérêt public peuvent, sur cette base, constituer des jugements de valeur plutôt que des déclarations de fait<sup>217</sup>.

La qualification des déclarations en tant que fait ou jugement de valeur est une question qui relève en premier lieu de la marge d'appréciation des autorités nationales, notamment des juridictions nationales<sup>218</sup>.

<sup>212</sup> Cour eur. D.H., décision du 24 novembre 2020, n° 52737/18, *G.S. Omarsson c. Islande*, § 27.

<sup>213</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 25 juin 2020, n° 68317/13, *Miljevic c. Croatie*, § 56; arrêt du 30 juin 2020, n° 21768/12, *Petro Carbo Chem S.E. c. Roumanie*, § 39; arrêt du 20 octobre 2020, n° 36944/07, *Kaboglu et Oran c. Turquie*, § 68; décision du 24 novembre 2020, n° 52737/18, *G.S. Omarsson c. Islande*, § 29.

<sup>214</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 25 juin 2020, n° 68317/13, *Miljevic c. Croatie*, § 56; arrêt du 30 juin 2020, n° 21768/12, *Petro Carbo Chem S.E. c. Roumanie*, § 39; arrêt du 20 octobre 2020, n° 36944/07, *Kaboglu et Oran c. Turquie*, § 68.

<sup>215</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 25 juin 2020, n° 68317/13, *Miljevic c. Croatie*, § 56; arrêt du 30 juin 2020, n° 21768/12, *Petro Carbo Chem S.E. c. Roumanie*, § 39; arrêt du 20 octobre 2020, n° 36944/07, *Kaboglu et Oran c. Turquie*, § 68; décision du 24 novembre 2020, n° 52737/18, *G.S. Omarsson c. Islande*, § 29.

<sup>216</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 25 juin 2020, n° 68317/13, *Miljevic c. Croatie*, § 56; arrêt du 20 octobre 2020, n° 36944/07, *Kaboglu et Oran c. Turquie*, § 68; décision du 24 novembre 2020, n° 52737/18, *G.S. Omarsson c. Islande*, § 29.

<sup>217</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 25 juin 2020, n° 68317/13, *Miljevic c. Croatie*, § 56; arrêt du 20 octobre 2020, n° 36944/07, *Kaboglu et Oran c. Turquie*, § 68.

<sup>218</sup> Cour eur. D.H., décision du 24 novembre 2020, n° 52737/18, *G.S. Omarsson c. Islande*, § 29.

f. Critères à prendre en considération pour la mise en balance du droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression

Conformément à la jurisprudence de la Cour, les critères à prendre en considération lors de la mise en balance du droit à la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée sont les suivants<sup>219</sup> :

- la contribution à un débat d'intérêt général ;
- le degré de notoriété de la personne concernée ;
- le sujet du reportage ;
- le comportement antérieur de la personne concernée ;
- le contenu, la forme et les répercussions de la publication ;
- le mode d'obtention des informations et leur véracité ;
- les circonstances de l'espèce ;
- le cas échéant, les circonstances dans lesquelles les photographies ont été prises.

Si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères susmentionnés, il faut des raisons sérieuses pour que la Cour substitue son avis à celui des juridictions internes<sup>220</sup>.

Face à un conflit entre la protection de la réputation et la liberté de la presse, il ne suffit pas de vérifier la conformité du contenu d'un article de presse aux apparences ; les juridictions nationales doivent mettre en balance le droit au respect de la vie privée et la liberté de la presse de façon adéquate conformément aux critères établis par la jurisprudence de la Cour<sup>221</sup>.

g. La notion de débat d'intérêt général

L'intérêt public concerne les questions qui touchent le public à un point tel qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui attirent son attention ou qui le concernent de manière significative, notamment en ce qu'elles affectent le bien-être des citoyens ou la vie de la communauté.

Il en va de même pour les questions susceptibles de susciter une controverse considérable, qui concernent une question sociale importante ou qui impliquent un problème sur lequel le public aurait intérêt à être informé<sup>222</sup>.

<sup>219</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 7 mai 2020, n° 35283/14, *Khadija Ismayilova c. Azerbadjian*, § 55 ; arrêt du 14 mai 2020, n°s 48534/10 et 19532/15, *Rodina c. Lettonie*, § 104 ; arrêt du 26 mai 2020, n° 50469/14, *Marina c. Roumanie*, § 63 ; arrêt du 30 juin 2020, n° 21768/12, *Petro Carbo Chem S.E. c. Roumanie*, § 40 ; arrêt du 20 octobre 2020, n° 36944/07, *Kaboglu et Oran c. Turquie*, § 70.

<sup>220</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 25 juin 2020, n° 68317/13, *Miljevic c. Croatie*, § 58 ; arrêt du 30 juin 2020, n° 21768/12, *Petro Carbo Chem S.E. c. Roumanie*, § 40 ; arrêt du 20 octobre 2020, n° 36944/07, *Kaboglu et Oran c. Turquie*, § 70.

<sup>221</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 7 janvier 2020, n° 23591/10, *H.K. c. Turquie*, §§ 25 et s.

<sup>222</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 7 mai 2020, n° 35283/14, *Khadija Ismayilova c. Azerbadjian*, § 59 ; arrêt du 14 mai 2020, n°s 48534/10 et 19532/15, *Rodina c. Lettonie*, § 105.

Afin de déterminer si une publication porte sur un sujet d'importance générale, il est nécessaire d'apprécier la publication dans son ensemble, compte tenu du contexte dans lequel elle apparaît<sup>223</sup>.

Bien que l'article 10 offre un certain degré de protection à la publication d'informations sur la vie privée de personnalités publiques, même à des fins de divertissement, parce qu'elle contribue à la variété des informations disponibles pour le public, cette protection peut céder aux exigences de l'article 8 lorsque les informations en jeu sont de nature privée et intime et que leur diffusion ne présente aucun intérêt public<sup>224</sup>.

En outre, un langage offensant peut échapper à la protection de la liberté d'expression s'il s'agit d'un dénigrement gratuit, par exemple lorsque la seule intention de la déclaration offensante est d'insulter<sup>225</sup>.

Il est vrai qu'une fois que la vie privée d'une personne a été violée et que les informations y afférentes sont tombées dans le domaine public, le mal est déjà fait et il est pratiquement impossible de rétablir la situation comme si la violation n'avait jamais eu lieu.

Toutefois, si la Convention protège les reportages responsables sur des questions d'intérêt public conformément à la déontologie journalistique, il ne saurait y avoir d'intérêt public légitime à exploiter une violation existante de la vie privée d'une personne dans le but de satisfaire la curiosité lubrique d'un certain lectorat, de ridiculiser publiquement la victime et de lui causer un préjudice supplémentaire<sup>226</sup>.

Le fait qu'un individu appartienne à la catégorie des personnalités publiques ne peut en aucun cas, même dans le cas de personnes exerçant des fonctions officielles, légitimer des intrusions dans la vie privée<sup>227</sup>.

L'intérêt public ne peut être réduit à la soif d'information du public sur la vie privée d'autrui, ni au désir de sensationnalisme, voire de voyeurisme, du lecteur<sup>228</sup>.

La contribution de la presse à un débat d'intérêt général ne saurait être limitée aux seuls faits d'actualité ou débats préexistants. La presse est certes un vecteur de diffusion des débats d'intérêt général, mais elle a également pour rôle de révéler et de porter à la connaissance du public des informations susceptibles de susciter l'intérêt et de faire naître un tel débat au sein de la société. Certains

<sup>223</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 14 mai 2020, n<sup>os</sup> 48534/10 et 19532/15, *Rodina c. Lettonie*, § 105.

<sup>224</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 7 mai 2020, n<sup>o</sup> 35283/14, *Khadija Ismayilova c. Azerbadjian*, § 60.

<sup>225</sup> *Ibid.*, § 61.

<sup>226</sup> *Ibid.*, § 71.

<sup>227</sup> *Ibid.*, § 72.

<sup>228</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 14 mai 2020, n<sup>os</sup> 48534/10 et 19532/15, *Rodina c. Lettonie*, § 126. À propos de la publication de la photographie de la personne concernée, voy. les §§ 130-134.

événements de la vie privée et familiale doivent toutefois conduire les journalistes à faire preuve de prudence et de précaution lors de leur traitement<sup>229</sup>.

Ont trait à un intérêt général les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité.

Tel est le cas également des questions qui sont susceptibles de créer une forte controverse, qui portent sur un thème social important, ou encore qui ont trait à un problème dont le public aurait intérêt à être informé.

En tout cas, l'intérêt public ne saurait être réduit aux attentes d'un public friand de détails quant à la vie privée d'autrui, ni au goût des lecteurs pour le sensationnel voire, parfois, pour le voyeurisme<sup>230</sup>.

Dans la jurisprudence de la Cour, les éventuels problèmes conjugaux d'un président de la République ou les difficultés financières d'un chanteur célèbre n'ont pas été considérés comme relevant d'un débat d'intérêt général<sup>231</sup>.

#### h. Prise en compte du degré de notoriété

Les grandes entreprises s'exposent inévitablement et sciemment à un examen attentif de leurs actes et, de même que pour les hommes et les femmes d'affaires qui les dirigent, les limites de la critique admissible sont plus larges à leur égard qu'à l'égard d'un simple particulier.

Toutefois, en plus de l'intérêt général que revêt un débat libre sur les pratiques commerciales, il existe un intérêt concurrent à protéger le succès commercial et la viabilité des entreprises pour le bénéfice des actionnaires et des employés mais aussi pour le bien économique au sens large.

L'État jouit par conséquent d'une marge d'appréciation quant aux recours dont une entreprise doit bénéficier en droit interne pour contester la véracité d'allégations susceptibles de nuire à sa réputation et pour en limiter les effets<sup>232</sup>.

#### i. Distinction entre la réputation d'une entreprise et celle d'un individu

La Cour rappelle avoir établi une distinction entre une atteinte à la réputation de nature commerciale d'une entreprise, laquelle n'a pas de dimension morale, et une

<sup>229</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 26 mai 2020, n° 50469/14, *Marina c. Roumanie*, § 65.

<sup>230</sup> *Ibid.*, § 70.

<sup>231</sup> *Ibid.*, § 74.

<sup>232</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 30 juin 2020, n° 21768/12, *Petro Carbo Chem S.E. c. Roumanie*, § 41.



atteinte à la réputation d'un individu, qui concerne son statut et implicitement sa dignité<sup>233</sup>.

j. Obtention du consentement de la personne

La Cour a également souligné l'importance de l'obtention du consentement des personnes concernées<sup>234</sup>.

k. Contenu, forme et répercussions de la publication

La Cour rappelle que dans leur pratique quotidienne, les journalistes prennent des décisions par lesquelles ils choisissent la ligne de partage entre le droit du public à l'information et le droit d'autrui au respect de sa vie privée.

Ils ont ainsi la responsabilité première de préserver les personnes, y compris les personnes publiques, de toute intrusion dans leur vie privée.

Les choix qu'ils opèrent à cet égard doivent être fondés sur les règles d'éthique et de déontologie de leur profession.

Toutefois, si les journalistes sont libres de choisir, parmi les informations qui leur parviennent, celles qu'ils traiteront et la manière dont ils le feront, cette liberté n'est pas exempte de responsabilités<sup>235</sup>.

La Cour rappelle que la satire est une forme d'expression artistique et de commentaire social qui, de par l'exagération et la déformation de la réalité qui la caractérisent, vise naturellement à provoquer et à agiter.

C'est pourquoi il convient d'examiner avec une attention particulière toute ingérence dans le droit d'un artiste ou de toute autre personne – tels des animateurs de radio, comme en l'espèce – à s'exprimer par ce biais.

Dans l'affaire *Sousa Goucha*, la Cour s'est référée au critère du « lecteur raisonnable » pour aborder des questions concernant des formes d'expression satirique et a reconnu que la parodie bénéficiait d'une marge d'appréciation particulièrement large dans le contexte de la liberté d'expression<sup>236</sup>.

<sup>233</sup> *Ibid.*, § 73.

<sup>234</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 14 mai 2020, n<sup>os</sup> 48534/10 et 19532/15, *Rodina c. Lettonie*, § 106.

<sup>235</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 26 mai 2020, n<sup>o</sup> 50469/14, *Marina c. Roumanie*, § 79.

<sup>236</sup> *Ibid.*, § 82.

### l. Nature de la photographie et son utilisation

La Cour tient également compte du sentiment plus ou moins fort d'intrusion provoqué par une photographie.

Un autre facteur d'appréciation de la Cour est le but dans lequel une photographie a été utilisée et la manière dont elle pourrait être utilisée ultérieurement<sup>237</sup>.

### m. Prise en considération de l'impact des médias audiovisuels

Il est important de noter que les médias audiovisuels ont souvent un effet beaucoup plus immédiat et puissant que la presse écrite<sup>238</sup>.

### n. Sur les circonstances d'obtention des informations et leur véracité

À propos du mode d'obtention des informations et leur véracité, la Cour souligne tout d'abord l'importance que revêt à ses yeux le respect par les journalistes de leurs devoirs et de leurs responsabilités ainsi que des principes déontologiques qui encadrent leur profession. À cet égard, elle rappelle que l'article 10 de la Convention protège le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts, et qu'ils fournissent des informations « fiables et précises » dans le respect de l'éthique journalistique<sup>239</sup>.

## 6. Liberté d'expression du prévenu dans le procès pénal

Dans les questions d'intérêt public, l'article 10, § 2 laisse peu de place aux restrictions à la liberté d'expression.

Dès lors, un niveau élevé de protection de la liberté d'expression, les autorités disposant ainsi d'une marge d'appréciation particulièrement étroite, sera normalement accordé lorsque les propos concernent une question d'intérêt public, comme c'est le cas, notamment, des remarques sur le fonctionnement de la justice, même dans le cadre d'une procédure encore pendante.

La gravité potentielle de certains propos n'exclut pas le droit à un niveau élevé de protection, compte tenu de l'existence d'une question d'intérêt public<sup>240</sup>.

Toutefois, dans ce contexte, il faut également tenir compte du rôle particulier du pouvoir judiciaire dans la société.

<sup>237</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 14 mai 2020, n°s 48534/10 et 19532/15, *Rodina c. Lettonie*, § 106.

<sup>238</sup> *Ibid.*, § 109.

<sup>239</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 26 mai 2020, n° 50469/14, *Marina c. Roumanie*, § 85.

<sup>240</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 25 juin 2020, n° 68317/13, *Miljevic c. Croatie*, § 52.

En tant que garant de la justice, valeur fondamentale dans un État de droit, il doit bénéficier de la confiance du public pour pouvoir mener à bien ses missions.

Il peut donc s'avérer nécessaire de protéger cette confiance contre des attaques gravement préjudiciables et essentiellement non fondées.

L'expression « autorité du pouvoir judiciaire », au sens de l'article 10, § 2, recouvre notamment l'idée que les tribunaux sont, et sont acceptés par le grand public comme étant, le forum approprié pour la résolution des litiges juridiques et pour la détermination de la culpabilité ou de l'innocence d'une personne à l'égard d'une accusation pénale.

En outre, le grand public a du respect et de la confiance dans la capacité des tribunaux à remplir cette fonction.

Ce qui est en jeu, c'est la confiance que les tribunaux, dans une société démocratique, doivent inspirer non seulement à l'accusé, en ce qui concerne les procédures pénales, mais aussi au grand public<sup>241</sup>.

Dans le cadre d'une procédure pénale en cours, il convient également de prendre en considération le droit de chacun à un procès équitable. À cet égard, si le droit à la liberté d'expression n'est pas illimité, l'égalité des armes et l'équité militent plus généralement en faveur d'un échange libre et même musclé d'arguments entre les parties.

Dans ce contexte, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'une restriction – même par le biais d'une sanction pénale clémentine – de la liberté d'expression peut être acceptée comme nécessaire dans une société démocratique<sup>242</sup>.

Néanmoins, la Cour a déjà jugé que l'article 6 ne prévoit pas un droit illimité à l'utilisation de tous les arguments de défense, notamment ceux relevant de la diffamation<sup>243</sup>.

En principe, compte tenu de la marge d'appréciation laissée aux États contractants par l'article 10, une mesure pénale en réponse à la diffamation ne peut pas, en tant que telle, être considérée comme disproportionnée par rapport au but poursuivi.

Toutefois, la réserve et la retenue dans le recours à la procédure pénale s'imposent normalement dans les affaires concernant la liberté d'expression de la défense dans la salle d'audience dans le cadre d'un procès pénal<sup>244</sup>.

<sup>241</sup> *Ibid.*, § 53.

<sup>242</sup> *Ibid.*, § 54.

<sup>243</sup> *Ibid.*, § 55.

<sup>244</sup> *Ibid.*, § 57.

En particulier, eu égard au droit de l'accusé à la liberté d'expression et à l'intérêt public lié à la bonne administration de la justice pénale, il convient de permettre en priorité à l'accusé de s'exprimer librement sans crainte d'être poursuivi en diffamation, dès lors que ses propos concernent les déclarations et les arguments avancés dans le cadre de sa défense.

En revanche, plus les déclarations d'un prévenu sont étrangères à l'affaire et à sa défense et comportent des attaques non pertinentes ou gratuites à l'encontre d'un participant à la procédure ou d'un tiers, plus il devient légitime de limiter sa liberté d'expression en tenant compte des droits du tiers au titre de l'article 8<sup>245</sup>.

Les déclarations et les arguments d'un accusé sont protégés dans la mesure où ils ne constituent pas des accusations malveillantes contre un participant à la procédure ou un tiers.

Comme il ressort de la jurisprudence de la Cour, la liberté d'expression du prévenu existe dans la mesure où il ne fait pas de déclarations qui, intentionnellement, font naître de faux soupçons de comportement punissable à l'égard d'un participant à la procédure ou de tout tiers.

En pratique, lorsqu'elle procède à cette appréciation, la Cour estime qu'il importe d'examiner en particulier la gravité ou le sérieux des conséquences pour la personne concernée par ces déclarations. Plus les conséquences sont graves, plus la base factuelle des déclarations faites doit être solide<sup>246</sup>.

Enfin, conformément à sa jurisprudence, la Cour doit tenir compte de la nature et de la sévérité des sanctions imposées pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence dans un cas particulier<sup>247</sup>.

Par principe, le défendeur doit avoir la possibilité de parler librement de son impression d'une éventuelle subornation de témoins et de la motivation inappropriée de l'accusation sans craindre d'être ensuite poursuivi pour diffamation<sup>248</sup>.

### *7. Protection de la réputation à l'encontre d'un discours tenu dans un hémicycle parlementaire*

Les requérants sont des professeurs d'université spécialistes des droits de l'homme et, à l'époque des faits, ils étaient membres du Conseil consultatif, un organisme public chargé de conseiller le gouvernement turc sur des questions relatives aux droits de l'homme.

<sup>245</sup> *Ibid.*, § 65.

<sup>246</sup> *Ibid.*, § 66.

<sup>247</sup> *Ibid.*, § 67.

<sup>248</sup> *Ibid.*, § 75.

Eu égard au statut et à la fonction des intéressés au sein du Conseil consultatif, qui s'apparentaient à ceux des experts nommés par les autorités publiques sur des questions spécifiques, ainsi qu'à la mission consultative confiée à ce Conseil, les requérants ne sauraient être assimilés à des hommes politiques tenus de faire preuve d'un plus grand degré de tolérance.

Dès lors, dans la mesure où les critiques proférées par le député à l'encontre des requérants dans son discours se fondaient sur le travail effectué par les intéressés dans le cadre de leurs fonctions au sein du Conseil consultatif, l'on ne peut pas admettre que ceux-ci auraient dû faire preuve d'un plus grand degré de tolérance face à ces critiques<sup>249</sup>.

Si tout individu qui s'engage dans un débat public d'intérêt général est tenu de ne pas dépasser certaines limites notamment quant au respect de la réputation et des droits d'autrui, il lui est permis de recourir à une certaine dose d'exagération, voire de provocation, c'est-à-dire d'être quelque peu immodéré dans ses propos<sup>250</sup>.

Des propos offensants peuvent sortir du champ de la protection de la liberté d'expression lorsqu'ils reviennent à dénigrer gratuitement, par exemple si l'insulte est leur seul but. En revanche, l'utilisation de formules vulgaires n'est pas en elle-même déterminante dans l'appréciation d'un propos offensant, car elle peut fort bien avoir une visée strictement stylistique<sup>251</sup>.

Certaines circonstances ayant un effet dissuasif sur la liberté d'expression peuvent procurer aux intéressés – non frappés d'une condamnation définitive – la qualité de victime d'une ingérence dans l'exercice de leur droit à ladite liberté<sup>252</sup>.

## II. La protection des données dans la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne

### A. QUESTIONS AUTOUR DES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

#### 1. *Interprétation ou validité d'une règle de droit*

Dans l'affaire *Facebook Ireland contre Schrems* (*Schrems II* ci-après) que nous analyserons plus en détail dans la partie consacrée aux transferts de données vers des pays tiers, la Cour a été amenée à statuer sur une question de recevabilité de la question préjudicielle qui avait été formulée sous l'empire de la directive 95/46 et qui a été abrogée entre temps. Elle a ainsi eu l'occasion de préciser, parmi d'autres éléments, qu'elle « a pour mission d'interpréter toutes les dispositions du droit de

<sup>249</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 20 octobre 2020, n° 36944/07, *Kaboglu et Oran c. Turquie*, § 73.

<sup>250</sup> *Ibid.*, § 77.

<sup>251</sup> *Ibid.*, § 78.

<sup>252</sup> *Ibid.*, § 105.

l'Union dont les juridictions nationales ont besoin afin de statuer sur les litiges qui leur sont soumis, même si ces dispositions ne sont pas indiquées expressément dans les questions qui lui sont adressées par ces juridictions (arrêt du 2 avril 2020, *Ruska Federacija*, C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, point 43 et jurisprudence citée)<sup>253</sup> et que «pour ces différents motifs, la circonstance que la juridiction de renvoi a formulé les questions préjudicielles en se référant uniquement aux dispositions de la directive 95/46 ne saurait entraîner l'irrecevabilité de la présente demande de décision préjudicielle»<sup>254</sup>.

Dans ce même arrêt, la Cour a rappelé que «dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation ou la validité d'une règle du droit de l'Union, [elle] est, en principe, tenue de statuer. Il s'ensuit que les questions posées par les juridictions nationales bénéficient d'une présomption de pertinence. Le refus de la Cour de statuer sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît que l'interprétation sollicitée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, si le problème est de nature hypothétique ou encore si la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile auxdites questions (arrêts du 16 juin 2015, *Gauweiler e.a.*, C-62/14, EU:C:2015:400, points 24 et 25; du 2 octobre 2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16, EU:C:2018:788, point 45, ainsi que du 19 décembre 2019, *Dobersberger*, C-16/18, EU:C:2019:1110, points 18 et 19)»<sup>255</sup>.

## 2. Qualité de juridiction au sens de l'article 267 du TFUE<sup>256</sup>

Dans le cadre d'une question préjudicielle, le Tribunal administratif de Wiesbaden (Allemagne) émet des doutes quant à sa qualité de juridiction au sens de l'article 267 TFUE lu à la lumière de la Charte des droits fondamentaux en ce qui concerne son indépendance à l'égard des pouvoirs législatifs et exécutifs. En effet et selon ses termes, «les juges seraient nommés et promus par le ministre de la Justice, deuxièmement, la notation des juges serait régie par le ministère de la Justice selon les mêmes dispositions que celles applicables aux fonctionnaires, troisièmement, les données à caractère personnel et les coordonnées professionnelles des juges seraient gérées par ce ministère, qui aurait ainsi accès à ces données, quatrièmement, pour couvrir un besoin temporaire en personnel, des fonctionnaires pourraient être nommés en tant que juges temporaires et, cinquièmement, ledit ministère imposerait l'organisation externe et interne des juridictions, déterminerait l'allocation de personnels, les moyens de communication et

<sup>253</sup> C.J.U.E., *Facebook Ireland c. Schrems*, C-311/18, 16 juillet 2020, n° 70.

<sup>254</sup> *Ibid.*

<sup>255</sup> *Ibidem*, n° 73.

<sup>256</sup> La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :

a) sur l'interprétation des traités,

b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. (...)



l'équipement informatique des juridictions et déciderait également des déplacements professionnels à l'étranger des juges»<sup>257</sup>.

Avant de procéder à l'analyse factuelle, la Cour a rappelé que «pour apprécier si l'organisme de renvoi en cause possède le caractère d'une "juridiction", au sens de l'article 267 TFUE, question qui relève uniquement du droit de l'Union, et donc pour apprécier si la demande de décision préjudicielle est recevable, la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels que l'origine légale de cet organisme, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de sa procédure, l'application, par l'organe, des règles de droit ainsi que son indépendance (voir, en ce sens, arrêt du 21 janvier 2020, *Banco de Santander*, C-274/14, EU:C:2020:17, point 51 et jurisprudence citée)»<sup>258</sup>.

Selon les informations fournies par le gouvernement allemand, il s'avérerait que «les magistrats jouissent d'un statut autonome à l'intérieur de la fonction publique, assuré, notamment, par la garantie de l'inaévolabilité prévue à l'article 97 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, par la compétence des cours de justice de la magistrature en ce qui concerne la protection judiciaire des magistrats, ainsi que par la procédure de nomination, dans laquelle la Commission de sélection des juges joue un rôle déterminant»<sup>259</sup> – commission dont la composition devrait assurer sa légitimité démocratique. Sur la base de ces éléments, la Cour précise que «en ce qui concerne les conditions de nomination du juge siégeant dans la juridiction de renvoi, il importe de rappeler d'emblée que le seul fait que les pouvoirs législatif ou exécutif interviennent dans le processus de nomination d'un juge n'est pas de nature à créer une dépendance de ce dernier à leur égard ni à engendrer des doutes quant à l'impartialité de celui-ci, si, une fois nommé, l'intéressé n'est soumis à aucune pression et ne reçoit pas d'instructions dans l'exercice de ses fonctions (voir, en ce sens, arrêt du 19 novembre 2019, *A. K. e.a. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, C-585/18, C-624/18 et C-625/18, EU:C:2019:982, point 133 ainsi que jurisprudence citée)»<sup>260</sup>.

La Cour a également estimé, sur la question de notation et promotion des juges, qu'il n'y avait aucun indice permettant de nourrir des doutes légitimes quant à «l'imperméabilité du juge concerné à l'égard d'éléments extérieurs et à sa neutralité par rapport aux intérêts susceptibles de s'affronter devant lui»<sup>261</sup>.

En conclusion, la Cour a estimé que le Tribunal administratif de Wiesbaden doit être considéré comme une juridiction au sens de l'article 267 TFUE.

<sup>257</sup> C.J.U.E., VQ c. *Land Hessen*, C-272/19, 9 juillet 2020, n° 44.

<sup>258</sup> *Ibidem*, n° 43.

<sup>259</sup> *Ibidem*, n° 53.

<sup>260</sup> *Ibidem*, n° 54.

<sup>261</sup> *Ibidem*, n° 59.

### 3. *Opportunité des questions préjudicielles*

Dans un dossier de faillite d'une société allemande, le curateur (appelé syndic de la faillite en droit allemand) avait sollicité des informations fiscales liées à sa mission et relatives à la société en faillite auprès de l'administration allemande du Land Nordrhein-Westfalen. Cette dernière ayant refusé d'y faire droit, le curateur s'est tourné vers le Tribunal administratif qui, lui, a donné raison au curateur.

Suite à cette décision qui lui était défavorable, le Land Nordrhein-Westfalen a saisi le Tribunal administratif supérieur qui a cependant rejeté l'appel. Suite à cette décision, un pourvoi en révision a été introduit devant la Cour administrative fédérale. C'est dans le cadre de ce recours que la Cour était saisie de plusieurs questions préjudicielles.

Devant un argument d'une des parties contestant sa compétence en matière de question préjudicielle, la Cour a rappelé qu'«il appartient au seul juge national qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit de l'Union, la Cour est, en principe, tenue de statuer (arrêts du 18 octobre 1990, *Dzodzi*, C-297/88 et C-197/89, EU:C:1990:360, points 34 et 35, ainsi que du 14 février 2019, *Milivojević*, C-630/17, EU:C:2019:123, point 47 et jurisprudence citée)»<sup>262</sup>.

C'est fort de ce constat que le Tribunal a posé une question préjudicielle à la C.J.U.E. «en vue de déterminer si un régime tel que celui résultant de cet article 94 relève du droit de l'Union et, dans l'affirmative, si et de quelle manière les exigences posées par la jurisprudence issue de l'arrêt du 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige et Watson e.a.* (C-203/15 et C-698/15, ci-après l'«arrêt *Tele2*», EU:C:2016:970), s'appliquent à ce régime»<sup>263</sup>.

#### B. LA DIRECTIVE 2002/58 DU 12 JUILLET 2002, CONCERNANT LE TRAITEMENT DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL ET LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DANS LE SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES (DIRECTIVE VIE PRIVÉE ET COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES)

La Cour a été saisie d'une question préjudicielle relative au champ d'application de la directive 2002/58 par rapport au recueil et à l'utilisation, par les différents

<sup>262</sup> C.J.U.E., *Land Nordrhein-Westfalen c. D.-H. T.*, C-620/19, 10 décembre 2020, n° 31.

<sup>263</sup> C.J.U.E., *ibidem*.

services de sécurité et de renseignements anglais, de données relatives à des communications en masse.

Ces pratiques ayant été rendues publiques, une organisation non gouvernementale, Privacy International, a introduit un recours contre le ministre des Affaires étrangères et du Commonwealth, le ministre de l'Intérieur ainsi que ces services de sécurité et de renseignement devant l'Investigatory Powers Tribunal.

Ce dernier a considéré que les pratiques contestées étaient conformes au droit interne et, « depuis l'année 2015, sous réserve des questions, non encore examinées, portant sur la proportionnalité desdites mesures et sur les transferts de données à des parties tierces, à l'article 8 de la CEDH »<sup>264</sup>.

Cependant, il s'est interrogé sur le fait de savoir si la légalité des mesures de recueil et d'utilisation critiquées relevait du champ d'application du droit de l'Union européenne. Si l'Investigatory Powers Tribunal a considéré que, « s'agissant des données relatives aux communications en masse, que les fournisseurs de réseaux de communications électroniques étaient tenus, en vertu de l'article 94 de la loi de 1984, en cas d'instructions en ce sens émanant d'un ministre, de fournir les données collectées dans le cadre de leur activité économique relevant du droit de l'Union aux services de sécurité et de renseignement »<sup>265</sup>, il a toutefois estimé que « tel n'était pas le cas pour le recueil des autres données, obtenues par ces services sans recourir à de tels pouvoirs contraignants »<sup>266</sup>.

<sup>264</sup> C.J.U.E., *Privacy International c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs et alii*, C-623/17, 6 janvier 2020, n° 21.

<sup>265</sup> *Ibidem*, n° 22.

<sup>266</sup> *Ibidem*. Concernant l'article 94 dont question, « un ministre peut donner aux fournisseurs de services de communications électroniques les instructions générales ou spécifiques qui lui semblent nécessaires dans l'intérêt de la sécurité nationale ou des relations avec un gouvernement étranger. Renvoyant aux définitions figurant à l'article 21, paragraphes 4 et 6, de la RIPA, cette juridiction précise que les données concernées incluent les données relatives au trafic ainsi que les informations sur les services utilisés, au sens de cette dernière disposition, seul le contenu des communications étant exclu. Ces données et ces informations permettraient, notamment, de connaître le "qui, où, quand et comment" d'une communication. Lesdites données seraient transmises aux services de sécurité et de renseignement et conservées par ces derniers aux fins de leurs activités » (*Ibidem*, n° 23).

Les questions préjudicielles posées sont :

« Dans des circonstances où :

a) les capacités des [services de sécurité et de renseignement] pour utiliser les [données relatives à des communications en masse] qui leur sont fournies sont essentielles pour la protection de la sécurité nationale du Royaume-Uni, notamment dans les domaines du contre-terrorisme, du contre-espionnage et de la lutte contre la prolifération ;  
b) une caractéristique fondamentale de l'utilisation des [données relatives à des communications en masse] par les [services de sécurité et de renseignement] est la découverte de menaces pour la sécurité nationale inconnues jusqu'à au moyen de techniques de masse non ciblées qui exigent le regroupement des données relatives à des communications en masse en un endroit unique. Son utilité principale repose sur l'identification et l'établissement du profil rapide des cibles ainsi que sur la fourniture d'une base d'action au vu d'une menace imminente ;  
c) le fournisseur d'un réseau de communications électroniques n'est pas tenu de conserver par la suite les [données relatives à des communications en masse] (au-delà de la période requise par l'activité commerciale ordinaire) qui sont conservées par l'État seul (les [services de sécurité et de renseignement]) ;  
d) la juridiction nationale a jugé (sous réserve de certaines questions réservées) que les garanties entourant l'utilisation des [données relatives à des communications en masse] par les [services de sécurité et de renseignement] sont conformes aux exigences de la CEDH, et  
e) la juridiction nationale a jugé que l'imposition des exigences spécifiées aux points 119 à 125 de l'arrêt [du 21 décembre 2016, *Tele2* (C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970)], si ces dernières étaient applicables, ferait échec aux mesures prises par les services de sécurité et de renseignement pour protéger la sécurité nationale et mettrait par là même en péril la sécurité nationale du Royaume Uni ;

1) Au vu de l'article 4 TUE et de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive [2002/58], une exigence figurant dans des instructions données par le ministre à un fournisseur d'un réseau de communications électroniques selon lesquelles

Dans un premier temps, la Cour a rappelé sa jurisprudence selon laquelle « l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, lu en combinaison avec l'article 3 de celle-ci, doit être interprété en ce sens que relèvent du champ d'application de cette directive non seulement une mesure législative qui impose aux fournisseurs de services de communications électroniques de conserver les données relatives au trafic et les données de localisation, mais également une mesure législative leur imposant d'accorder aux autorités nationales compétentes l'accès à ces données. En effet, de telles mesures législatives impliquent obligatoirement un traitement, par lesdits fournisseurs, desdites données et ne sauraient, en ce qu'elles régissent les activités de ces mêmes fournisseurs, être assimilées à des activités propres aux États, visées à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de ladite directive (voir, en ce sens, arrêt du 2 octobre 2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16, EU:C:2018:788, points 35 et 37 ainsi que jurisprudence citée) »<sup>267</sup>.

Ensuite et en utilisant la définition de traitement de données à caractère personnel fournie par le RGPD, la Cour a estimé que la communication de données visées par l'article 94 de la loi anglaise consiste en un traitement.

Forte de ce constat, la Cour a considéré que « eu égard (...) à l'économie générale de la directive 2002/58, une interprétation de cette directive selon laquelle les mesures législatives visées à son article 15, paragraphe 1, seraient exclues du champ d'application de ladite directive du fait que les finalités auxquelles de telles mesures doivent répondre recoupent substantiellement les finalités poursuivies par les activités visées à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la même directive, priverait cet article 15, paragraphe 1, de tout effet utile (voir, en ce sens, arrêt du 21 décembre 2016, *Tele2*, C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970, points 72 et 73) »<sup>268</sup>.

La Cour a également précisé que la notion d'« activités » reprise à l'article 1<sup>er</sup>, 3, de la directive 2002/58 ne saurait pas être interprétée comme couvrant les mesures législatives visées à son article 15.

Elle a « enfoncé le clou » en rappelant que « conformément à la jurisprudence constante de la Cour, bien qu'il appartienne aux États membres de définir leurs intérêts essentiels de sécurité et d'arrêter les mesures propres à assurer leur sécurité intérieure et extérieure, le seul fait qu'une mesure nationale a été prise aux fins de la protection de la sécurité nationale ne saurait entraîner l'inapplicabi-

il doit fournir les données relatives à des communications en masse aux services de sécurité et de renseignement d'un État membre, relève-t-elle du champ d'application du droit de l'Union et de la directive [2002/58] ?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, les exigences [applicables aux données relatives à des communications conservées, spécifiées aux points 119 à 125 de l'arrêt du 21 décembre 2016, *Tele2* (C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970)] ou toute autre exigence en plus de celles imposées par la CEDH, s'appliquent-elles à de telles instructions du ministre ? Si tel est le cas, comment et dans quelle mesure ces exigences s'appliquent-elles, eu égard à la nécessité essentielle pour les [services de sécurité et de renseignement] d'utiliser l'acquisition de masse et les techniques de traitement automatisé pour protéger la sécurité nationale et eu égard à la mesure dans laquelle de telles capacités, si elles sont conformes à la CEDH, pourraient être fondamentalement entravées par l'imposition de telles exigences ? ».

<sup>267</sup> *Ibidem*, n° 39.

<sup>268</sup> *Ibidem*, n° 42.

lité du droit de l'Union et dispenser les États membres du respect nécessaire de ce droit (voir, en ce sens, arrêts du 4 juin 2013, ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, point 38 et jurisprudence citée; du 20 mars 2018, *Commission/Autriche (Impression d'État)*, C-187/16, EU:C:2018:194, points 75 et 76, ainsi que du 2 avril 2020, *Commission/Pologne, Hongrie et République tchèque (Mécanisme temporaire de relocalisation de demandeurs de protection internationale)*, C-715/17, C-718/17 et C-719/17, EU:C:2020:257, points 143 et 170) »<sup>269</sup>.

En conclusion, la Cour a considéré que « l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, l'article 3 et l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, lus à la lumière de l'article 4, paragraphe 2, TUE, doivent être interprétés en ce sens que relève du champ d'application de cette directive une réglementation nationale permettant à une autorité étatique d'imposer aux fournisseurs de services de communications électroniques de transmettre aux services de sécurité et de renseignement des données relatives au trafic et des données de localisation aux fins de la sauvegarde de la sécurité nationale »<sup>270</sup>.

La Cour a ensuite analysé la seconde question préjudicielle tendant à savoir « si les exigences [applicables aux données relatives à des communications conservées, spécifiées aux points 119 à 125 de l'arrêt du 21 décembre 2016, *Tele2* (C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970)] ou toute autre exigence en plus de celles imposées par la CEDH, s'appliquent-elles [aux instructions du ministre visées à l'article 94 de la loi anglaise] ? Si tel est le cas, comment et dans quelle mesure ces exigences s'appliquent-elles, eu égard à la nécessité essentielle pour les [services de sécurité et de renseignement] d'utiliser l'acquisition de masse et les techniques de traitement automatisé pour protéger la sécurité nationale et eu égard à la mesure dans laquelle de telles capacités, si elles sont conformes à la CEDH, pourraient être fondamentalement entravées par l'imposition de telles exigences »<sup>271</sup>.

La Cour a rappelé le principe selon lequel l'article 5, 1, de la directive 2002/58 « consacre le principe de confidentialité tant des communications électroniques que des données relatives au trafic y afférentes et implique, notamment, l'interdiction faite, en principe, à toute personne autre que les utilisateurs, de stocker, sans le consentement de ceux-ci, ces communications et ces données. Eu égard au caractère général de son libellé, cette disposition couvre nécessairement toute opération permettant à des tiers de prendre connaissance des communications et des données y afférentes à des fins autres que l'acheminement d'une communication »<sup>272</sup>.

<sup>269</sup> *Ibidem*, n° 44. À noter que la C.J.U.E. a cependant précisé, *a contrario*, que « lorsque les États membres mettent directement en œuvre des mesures dérogeant à la confidentialité des communications électroniques, sans imposer des obligations de traitement aux fournisseurs de services de telles communications, la protection des données des personnes concernées relève non pas de la directive 2002/58 mais du seul droit national, sous réserve de l'application de la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil (J.O., 2016, L 119, p. 89), de telle sorte que les mesures en cause doivent respecter notamment le droit national de rang constitutionnel et les exigences de la CEDH » (point 48).

<sup>270</sup> *Ibidem*, n° 49.

<sup>271</sup> *Ibidem*, n° 29.

<sup>272</sup> *Ibidem*, n° 55.



De plus, «l'interdiction d'intercepter les communications et les données y afférentes figurant à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2002/58 englobe donc toute forme de mise à disposition par les fournisseurs de services de communications électroniques de données relatives au trafic et de données de localisation à des autorités publiques, tels des services de sécurité et de renseignement, ainsi que la conservation desdites données par ces autorités, quelle que soit l'utilisation ultérieure qui est faite de celles-ci»<sup>273</sup>.

L'Union européenne a ainsi concrétisé «les droits consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte, de telle sorte que les utilisateurs des moyens de communications électroniques sont en droit de s'attendre, en principe, à ce que leurs communications et les données y afférentes restent, en l'absence de leur consentement, anonymes et ne puissent pas faire l'objet d'un enregistrement (arrêt du 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e.a.*, C-511/18, C-512/18 et C-520/18, point 109)»<sup>274</sup>.

Cependant, l'article 15, 1 de cette même directive permet aux États membres d'introduire des exceptions aux principes mis en place par l'article 5 susmentionné mais cela «ne saurait justifier que la dérogation à l'obligation de principe de garantir la confidentialité des communications électroniques et des données y afférentes et, en particulier, à l'interdiction de stocker ces données, explicitement prévue à l'article 5 de cette directive, devienne la règle (voir, en ce sens, arrêts du 21 décembre 2016, *Tele2*, C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970, points 89 et 104, ainsi que du 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e.a.*, C-511/18, C-512/18 et C-520/18, point 111)»<sup>275</sup> et que «les États membres ne sont autorisés à prendre des mesures législatives visant à limiter la portée des droits et des obligations visés aux articles 5, 6 et 9 de cette directive que dans le respect des principes généraux du droit de l'Union, parmi lesquels figure le principe de proportionnalité, et des droits fondamentaux garantis par la Charte»<sup>276</sup>.

Analysant la proportionnalité de l'article 94 de la loi anglaise, la Cour a considéré que «la transmission des données relatives au trafic et des données de localisation aux services de sécurité et de renseignement dans le droit consacré à l'article 7 de la Charte doit être considérée comme étant particulièrement grave, compte tenu notamment du caractère sensible des informations que peuvent fournir ces données et, notamment, de la possibilité d'établir à partir de celles-ci le profil des personnes concernées, une telle information étant tout aussi sensible que le contenu même des communications. En outre, elle est susceptible de générer dans

<sup>273</sup> *Ibidem*, n° 56.

<sup>274</sup> *Ibidem*, n° 57.

<sup>275</sup> *Ibidem*, n° 59.

<sup>276</sup> *Ibidem*, n° 60. «À cet égard, la Cour a déjà jugé que l'obligation imposée par un État membre aux fournisseurs de services de communications électroniques, par une réglementation nationale, de conserver les données relatives au trafic aux fins de les rendre, le cas échéant, accessibles aux autorités nationales compétentes soulève des questions relatives au respect non seulement des articles 7 et 8 de la Charte, relatifs, respectivement, à la protection de la vie privée ainsi qu'à la protection des données à caractère personnel, mais également de l'article 11 de la Charte, relatif à la liberté d'expression (voir, en ce sens, arrêts du 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland e.a.*, C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238, points 25 et 70, ainsi que du 21 décembre 2016, *Tele2*, C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970, points 91 et 92 ainsi que jurisprudence citée)».



l'esprit des personnes concernées le sentiment que leur vie privée fait l'objet d'une surveillance constante (voir, par analogie, arrêts du 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland e.a.*, C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238, points 27 et 37, ainsi que du 21 décembre 2016, *Tele2*, C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970, points 99 et 100)<sup>277</sup> »

De plus, aussi important soit l'objectif de sauvegarde de la sécurité nationale qui, selon la Cour, dépasse les objectifs visés à l'article 15 de la directive 2002/58, la législation de l'État membre doit respecter les exigences résultant de la jurisprudence à savoir que « toute limitation de l'exercice des droits fondamentaux doit être prévue par la loi implique que la base légale qui permet l'ingérence dans ces droits doit définir elle-même la portée de la limitation de l'exercice du droit concerné (arrêt du 16 juillet 2020, *Facebook Ireland et Schrems*, C-311/18, EU:C:2020:559, point 175 ainsi que jurisprudence citée)<sup>278</sup> », que « les dérogations à la protection des données à caractère personnel et les limitations de celle-ci s'opèrent dans les limites du strict nécessaire »<sup>279</sup> et que « des règles claires et précises régissant la portée et l'application de la mesure en cause et imposant des exigences minimales, de telle sorte que les personnes dont les données à caractère personnel sont concernées disposent de garanties suffisantes permettant de protéger efficacement ces données contre les risques d'abus »<sup>280</sup> et que la législation « doit être légalement contraignante en droit interne et, en particulier indiquer en quelles circonstances et sous quelles conditions une mesure prévoyant le traitement de telles données peut être prise, garantissant ainsi que l'ingérence soit limitée au strict nécessaire »<sup>281</sup>.

Au terme de son analyse, la Cour a considéré que « l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, lu à la lumière de l'article 4, paragraphe 2, TUE ainsi que des articles 7, 8 et 11 et de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale permettant à une autorité étatique d'imposer, aux fins de la sauvegarde de la sécurité nationale, aux fournisseurs de services de communications électroniques la transmission généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et des données de localisation aux services de sécurité et de renseignement »<sup>282</sup>.

### C. CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DU RGPD

Dans l'arrêt *Schrems II*, la Cour a précisé que « la possibilité que les données à caractère personnel transférées entre deux opérateurs économiques à des fins commerciales subissent, au cours ou à la suite du transfert, un traitement à des fins de sécurité publique, de défense et de sûreté de l'État par les autorités du pays

<sup>277</sup> *Ibidem*, n° 71.

<sup>278</sup> *Ibidem*, n° 65.

<sup>279</sup> *Ibidem*, n° 67.

<sup>280</sup> *Ibidem*, n° 68.

<sup>281</sup> *Idem*.

<sup>282</sup> *Ibidem*, n° 82.

tiers concerné ne saurait exclure ledit transfert du champ d'application du RGPD. (...) Il s'ensuit qu'un tel transfert ne saurait échapper au champ d'application du RGPD au motif que les données en cause sont susceptibles d'être traitées, au cours ou à la suite de ce transfert, par les autorités du pays tiers concerné, à des fins de sécurité publique, de défense et de sûreté de l'État »<sup>283</sup>.

#### D. NOTION DE RESPONSABLE DU TRAITEMENT

Dans l'arrêt *VQ contre Land Hessen* déjà exposé ci-dessus dans le cadre de l'analyse de la qualité de juridiction du Tribunal administratif de Wiesbaden, la seconde question préjudicielle portait sur la qualité de responsable du traitement d'une commission des pétitions du parlement d'un État fédéré d'un État membre. En effet, cette affaire trouve sa source dans la demande d'accès introduit par l'auteur d'une pétition auprès de la commission des pétitions du Parlement du Land Hessen. Cette dernière a refusé d'y faire droit au motif que « la procédure de pétition constitue une mission parlementaire et que ledit parlement ne relève pas du champ d'application du règlement 2016/679 »<sup>284</sup>.

La Cour a rappelé que « la définition de la notion de "responsable du traitement" figurant dans le règlement 2016/679 ne se limite pas aux autorités publiques, mais, comme le met en exergue le gouvernement tchèque, est suffisamment large pour inclure tout organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement »<sup>285</sup>.

En ce qui concerne la commission des pétitions, la Cour a considéré que « si les activités de la Commission des pétitions du Parlement du Land de Hesse sont sans aucun doute de nature publique et propres à ce Land, cette commission contribuant indirectement à l'activité parlementaire, il n'en demeure pas moins non seulement que ces activités sont de nature tant politique qu'administrative, mais également qu'il ne ressort aucunement du dossier dont dispose la Cour que lesdites activités correspondent, en l'occurrence, à celles mentionnées à l'article 2, paragraphe 2, sous b) et d), du règlement 2016/679 ou qu'elles puissent être rangées dans la même catégorie que celles-ci »<sup>286</sup>.

En outre et « dans la mesure où la Commission des pétitions du Parlement du Land de Hesse détermine, seule ou avec d'autres, les finalités et les moyens du traitement, cette commission doit être qualifiée de "responsable du traitement", au sens de l'article 4, point 7, du règlement 2016/679, et, partant, l'article 15 de celui-ci trouve, en l'occurrence, à s'appliquer »<sup>287</sup>.

<sup>283</sup> C.J.U.E., *Facebook Ireland c. Schrems*, C-311/18, 16 juillet 2020, n°s 86 et 88.

<sup>284</sup> C.J.U.E., *VQ c. Land Hessen*, C-272/19, 9 juillet 2020, n° 19.

<sup>285</sup> C.J.U.E., *ibid.*, n° 65.

<sup>286</sup> C.J.U.E., *ibid.*, n° 71.

<sup>287</sup> C.J.U.E., *ibid.*, n° 73.

## E. BASES DE LICÉITÉ

1. *Liste de l'article 6 du RGPD*

Dans un arrêt du 11 novembre 2020, la Cour a analysé l'article 6 du RGPD relatif aux bases de licéité pour le traitement des données en précisant que «l'article 6 du règlement 2016/679 prévoit une *liste exhaustive* des cas dans lesquels un traitement de données à caractère personnel peut être considéré comme étant licite»<sup>288</sup>.

2. *Consentement*

Toujours dans cet arrêt du 11 novembre 2020, la Cour a analysé la question du consentement prévu à l'article 6.1 (a) du RGPD et les exigences auxquelles il est soumis dans le cadre de la souscription d'abonnement de téléphonie auprès d'Orange România. En l'espèce, la société conservait des copies de titres d'identité de ses clients sans avoir cependant démontré qu'ils y avaient préalablement et valablement consenti. Il ressort de l'arrêt que les agents d'Orange România informaient les clients, lors de la conclusion des contrats, par rapport aux «finalités de la collecte et de la conservation des copies des titres d'identité ainsi que sur le choix dont les clients disposeraient quant à cette collecte et cette conservation, avant d'obtenir oralement le consentement de ces clients à cette collecte et à cette conservation»<sup>289</sup>. Selon Orange România, la case relative à la conservation des copies de titres d'identité était ainsi cochée uniquement sur la base de l'accord librement exprimé en ce sens par les intéressés lors de la conclusion du contrat.

La Cour, qui a traité la question tant au regard de la directive 95/46 que du RGPD dès lors que la période analysée était «à cheval» sur les deux législations, a rappelé que, sous la directive 95/46, le consentement était défini comme «toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement». Dans la mesure où ces dispositions prévoient que la personne concernée procède à une «manifestation de volonté» afin de donner «indubitablement» son consentement, seul un comportement actif de la part de cette personne en vue de manifester son consentement peut entrer en ligne de compte (voir, en ce sens, arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2019, *Planet*, C-673/17, EU:C:2019:801, points 52 et 54)<sup>290</sup>.

Elle poursuit en précisant que le libellé de la définition de consentement figurant au RGPD «apparaît encore plus strict que celui de l'article 2, sous h), de la directive 95/46, en ce qu'il requiert une manifestation de volonté «libre, spécifique, éclairée et univoque» de la personne concernée, prenant la forme d'une déclaration ou d'un «acte positif clair» marquant son acceptation du traitement

<sup>288</sup> C.J.U.E., *Orange România c. Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP)*, C-61/19, 11 novembre 2020, n° 34; nous soulignons.

<sup>289</sup> C.J.U.E., *ibid.*, n° 43.

<sup>290</sup> *Ibidem*, n° 35.

des données à caractère personnel la concernant. Ainsi, un consentement actif est désormais expressément prévu par le règlement 2016/679 (voir, en ce sens, arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2019, *Planet*, C-673/17, EU:C:2019:801, points 61 à 63) »<sup>291</sup>.

À propos du consentement par le biais de cases à cocher, le considérant 32 du RGPD exclut le système des cases pré-cochées et la Cour de rappeler que « dans une telle hypothèse, il apparaît pratiquement impossible de déterminer de manière objective si l'utilisateur d'un site Internet a effectivement donné son consentement au traitement de ses données personnelles en ne décochant pas une case préalablement cochée par défaut ainsi que, en tout état de cause, si ce consentement a été donné de manière informée. En effet, il ne peut être exclu que ledit utilisateur n'ait pas lu l'information accompagnant la case cochée par défaut, voire qu'il n'ait pas aperçu cette case, avant de poursuivre son activité sur le site Internet qu'il visite (voir, en ce sens, arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2019, *Planet*, C-673/17, EU:C:2019:801, points 55 et 57) »<sup>292</sup>.

Or, dans la cause *Orange România*, les cases relatives à la conservation de la copie de l'identité du client étaient pré-cochées de sorte que « les clients concernés ne paraissent pas avoir eux-mêmes coché la case relative à ladite clause, le seul fait que cette case a été cochée n'est pas de nature à établir une manifestation positive du consentement de ces clients à ce qu'une copie de leur carte d'identité soit collectée et conservée »<sup>293</sup>. La Cour a, tout en invitant les juridictions nationales à vérifier si le client avait effectivement consenti mais également de vérifier que l'information donnée par *Orange România* répondait aux exigences de l'article 13 du RGPD, jugé que

« il appartient au responsable du traitement des données de démontrer que la personne concernée a, par un comportement actif, manifesté son consentement au traitement de ses données à caractère personnel et qu'elle a obtenu, préalablement, une information au regard de toutes les circonstances entourant ce traitement, sous une forme compréhensible et aisément accessible ainsi que formulée en des termes clairs et simples, lui permettant de déterminer facilement les conséquences de ce consentement, de sorte qu'il soit garanti que celui-ci soit donné en pleine connaissance de cause. Un contrat relatif à la fourniture de services de télécommunications qui contient une clause selon laquelle la personne concernée a été informée et a consenti à la collecte ainsi qu'à la conservation d'une copie de son titre d'identité à des fins d'identification n'est pas de nature à démontrer que cette personne a valablement donné son consentement, au sens de ces dispositions, à cette collecte et à cette conservation, lorsque

– la case se référant à cette clause a été cochée par le responsable du traitement des données avant la signature de ce contrat, ou lorsque

<sup>291</sup> *Ibidem*, n° 36.

<sup>292</sup> *Ibidem*, n° 37.

<sup>293</sup> C.J.U.E., *Orange România c. Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal* (ANSPDCP), C-61/19, 11 novembre 2020, n° 46.

- les stipulations contractuelles dudit contrat sont susceptibles d’induire la personne concernée en erreur quant à la possibilité de conclure le contrat en question même si elle refuse de consentir au traitement de ses données, ou lorsque
- le libre choix de s’opposer à cette collecte et à cette conservation est affecté indûment par ce responsable, en exigeant que la personne concernée, afin de refuser de donner son consentement, remplisse un formulaire supplémentaire faisant état de ce refus »<sup>294</sup>.

#### F. DROIT À L’INFORMATION DE LA PERSONNE CONCERNÉE

Encore dans son arrêt du 11 novembre 2020, la Cour a précisé qu’«il ressort de l’article (...)13, paragraphe 2, sous b) et sous c), du règlement 2016/679 [n.d.r. RGPD], lu à la lumière du considérant 42 de celui-ci que, pour assurer à la personne concernée une véritable liberté de choix, les stipulations contractuelles ne doivent pas induire la personne concernée en erreur quant à la possibilité de conclure le contrat même si elle refuse de consentir au traitement de ses données. En l’absence d’informations de cette nature, le consentement de cette personne au traitement de ses données à caractère personnel ne saurait être considéré comme ayant été donné librement ni, par ailleurs, comme ayant été donné de manière informée et éclairée »<sup>295</sup>.

#### G. TRANSFERT DE DONNÉES VERS DES PAYS TIERS

Nous ne pouvons pas, dans le cadre de la présente chronique, ne pas revenir sur l’arrêt du 16 juillet 2020 de la C.J.U.E. dit l’arrêt «*Schrems II*». Cet arrêt est une suite de l’arrêt «*Schrems I*» du 6 octobre 2015 par lequel la Cour avait invalidé la décision 2000/250 de la Commission européenne appelée «*décision Safe Harbor*».

Suite à cette décision sur question préjudicielle, Monsieur Schrems a demandé à Facebook Ireland d’identifier les fondements juridiques sur lesquels reposent les transferts de données vers les USA. Cette dernière a fait notamment référence à un accord de transfert et de traitement de données conclu entre elle et Facebook Inc. située aux USA et invoqué la décision 2010/87.

Suite à cette réponse, Monsieur Schrems a reformulé sa plainte devant les autorités irlandaises en faisant valoir, d’une part, que les clauses contenues dans cet accord n’étaient pas conformes aux clauses contractuelles types figurant à l’annexe de la décision 2010/87 et, d’autre part, que les clauses contractuelles ne pourraient pas fonder le transfert des données dans la mesure où le droit américain impose à Facebook Inc. de mettre les données des utilisateurs à la disposition

<sup>294</sup> *Ibidem*, n° 52.

<sup>295</sup> C.J.U.E., *Orange România c. Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP)*, C-61/19, 11 novembre 2020, n° 41.



d'autorités américaines telles que la NSA ou le FBI et entraveraient ainsi l'exercice des droits garantis aux articles 7, 8 et 47 de la Charte. De plus, il soulevait la question de l'absence de voie de recours efficiente pour faire valoir les droits à la protection de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel.

Dans le même temps, le *Privacy Shield* UE-USA avait été adopté et était entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2016. Malgré cette entrée en vigueur, les autorités irlandaises ont considéré que le droit américain n'offrait pas de voies de recours effective au sens de l'article 47 de la Charte aux citoyens de l'Union et elles ont interrogé la Cour sur la validité des clauses contractuelles types adoptées par la Commission européenne.

### 1. *Décision d'adéquation*

Au détour de quatre questions préjudicielles, l'analyse de la Cour a porté sur la validité du *Privacy Shield* conclu entre la Commission européenne et les États-Unis d'Amérique en 2016.

Ainsi, elle en a analysé le contenu au regard, entre autres, des articles 7, 8 et 47 de la Charte des droits fondamentaux dès lors que, dans son analyse en vue d'une décision d'adéquation, la Commission européenne doit s'assurer que l'État tiers concerné « assure effectivement le niveau de protection adéquat requis à l'article 45 du RGPD, lu à la lumière des droits fondamentaux garantis aux articles 7, 8 et 47 de la Charte »<sup>296</sup> en ayant égard, entre autres, aux limitations et aux garanties nécessaires à l'égard des ingérences autorisées par la réglementation nationale du pays tiers et à la protection juridictionnelle effective contre de telles ingérences.

À l'égard des États-Unis d'Amérique, la Cour a relevé des ingérences autorisées par des législations nationales tels que l'article 702 du FISA qui « ne fait ressortir d'aucune manière l'existence de limitations à l'habilitation qu'il comporte pour la mise en œuvre des programmes de surveillance aux fins du renseignement extérieur, pas plus que l'existence de garanties pour des personnes non américaines potentiellement visées par ces programmes. Dans ces conditions, et ainsi que M. l'avocat général l'a relevé, en substance, aux points 291, 292 et 297 de ses conclusions, cet article n'est pas susceptible d'assurer un niveau de protection substantiellement équivalent à celui garanti par la Charte, telle qu'interprétée par la jurisprudence rappelée aux points 175 et 176 du présent arrêt, selon laquelle une base légale qui permet des ingérences dans les droits fondamentaux doit, pour satisfaire au principe de proportionnalité, définir elle-même la portée de la limitation de l'exercice du droit concerné et prévoir des règles claires et précises régissant la portée et l'application de la mesure en cause et imposant des exigences minimales »<sup>297</sup>.

<sup>296</sup> C.J.U.E., *Facebook Ireland c. Schrems*, C-311/18, 16 juillet 2020, n° 168.

<sup>297</sup> *Ibidem*, n° 180.



Au terme de son analyse, la Cour a considéré que « en constatant, à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la décision BPD, que les États-Unis assurent un niveau adéquat de protection des données à caractère personnel transférées depuis l'Union vers des organisations établies dans ce pays tiers dans le cadre du bouclier de protection des données Union européenne-États-Unis, la Commission a méconnu les exigences résultant de l'article 45, paragraphe 1, du RGPD, lu à la lumière des articles 7, 8 et 47 de la Charte »<sup>298</sup> et a invalidé le Privacy Shield avec effet immédiat en considérant que, « compte tenu de l'article 49 du RGPD, l'annulation d'une décision d'adéquation telle que [le Privacy Shield] n'est pas susceptible de créer un vide juridique »<sup>299</sup>.

## 2. *Clauses contractuelles-types de protection des données* (article 46 du RGPD)

Dans le cadre du recours préjudiciel (11 questions préjudicielles), la Cour a analysé le niveau de protection requis par l'article 46 du RGPD<sup>300</sup> et, plus particulièrement, les clauses types de protection des données. Elle a ainsi précisé que cet article figurant au chapitre V « doit être lu à la lumière de l'article 44 dudit règlement, intitulé « Principe général applicable aux transferts », qui dispose que « [t]outes les dispositions [de ce chapitre] sont appliquées de manière à ce que le niveau de protection des personnes physiques garanti par [le même] règlement ne soit pas compromis ». Ce niveau de protection doit, par conséquent, être garanti quelle que soit la disposition dudit chapitre sur le fondement de laquelle est effectué un transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers<sup>301</sup>. Elle rejoint, par ailleurs, l'avocat général en ce qu'il précisait que « les dispositions du chapitre V du RGPD visent à assurer la continuité du niveau élevé de cette protection en cas de transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers, conformément à l'objectif précisé au considérant 6 de ce règlement »<sup>302</sup>.

La Cour a également rappelé le considérant 104 du RGPD qui précise que le pays tiers doit assurer « effectivement, en raison de sa législation interne ou de ses engagements internationaux, un niveau de protection des libertés et des droits fondamentaux substantiellement équivalent à celui garanti au sein de l'Union en vertu dudit règlement, lu à la lumière de la Charte. En effet, à défaut d'une telle exigence, l'objectif [d'assurer la continuité du niveau élevé de protection] serait méconnu (voir par analogie, en ce qui concerne l'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46, arrêt du 6 octobre 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, point 73) »<sup>303</sup>.

<sup>298</sup> *Ibidem*, n° 198.

<sup>299</sup> *Ibidem*, n° 202.

<sup>300</sup> L'article 46, 1 prescrit que « En l'absence de décision [d'adéquation], le responsable du traitement ou le sous-traitant ne peut transférer des données à caractère personnel vers un pays tiers ou à une organisation internationale que s'il a prévu des garanties appropriées et à la condition que les personnes concernées disposent de droits opposables et de voies de droit effectives ».

<sup>301</sup> *Ibidem*, n° 92.

<sup>302</sup> *Ibidem*, n° 93.

<sup>303</sup> *Ibidem*, n° 94.

Paraphrasant à nouveau l'avocat général, la Cour précise que « ces garanties appropriées doivent être de nature à assurer que les personnes dont les données à caractère personnel sont transférées vers un pays tiers sur le fondement de clauses types de protection des données bénéficient, comme dans le cadre d'un transfert fondé sur une décision d'adéquation, d'un niveau de protection substantiellement équivalent à celui garanti au sein de l'Union »<sup>304</sup> et que « le niveau de protection des droits fondamentaux requis à l'article 46, paragraphe 1, dudit règlement doit être déterminé sur le fondement des dispositions du même règlement, lues à la lumière des droits fondamentaux garantis par la Charte »<sup>305</sup>.

Pour ce qui est des éléments à prendre en compte pour évaluer ce niveau de protection, la Cour a précisé que « l'évaluation du niveau de protection assuré dans le contexte d'un [transfert vers un pays tiers sur le fondement des clauses types de protection des données] doit, notamment, prendre en considération tant les stipulations contractuelles convenues entre le responsable du traitement ou son sous-traitant établis dans l'Union et le destinataire du transfert établi dans le pays tiers concerné que, en ce qui concerne un éventuel accès des autorités publiques de ce pays tiers aux données à caractère personnel ainsi transférées, les éléments pertinents du système juridique de celui-ci, notamment ceux énoncés à l'article 45, paragraphe 2, [RGPD]<sup>306</sup> ».

Dans le cadre des 7<sup>e</sup> et 11<sup>e</sup> questions préjudicielles, la Cour a rappelé que si les clauses contractuelles types sont contraignantes pour le responsable du traitement établi sur le territoire de l'Espace économique européen et le destinataire établi en dehors, elles ne le sont pas pour les autorités du pays tiers. De plus, « s'agissant d'une décision de la Commission adoptant des clauses types de protection des données, telle que la décision [de clause contractuelle type], dans la mesure où une telle décision ne vise pas un pays tiers, un territoire ou un ou plusieurs secteurs déterminés dans celui-ci, il ne saurait être inféré de l'article 46, paragraphe 1, et de l'article 46, paragraphe 2, sous c), du RGPD que la Commission serait tenue de procéder, avant l'adoption d'une telle décision, à une évaluation du caractère adéquat du niveau de protection assuré par les pays tiers vers lesquels des données à caractère personnel pourraient être transférées sur le fondement de telles clauses »<sup>307</sup>.

En conséquence, « lorsque la Commission ne s'est pas prononcée sur le caractère adéquat du niveau de protection des données dans un pays tiers, le responsable du traitement ou, le cas échéant, son sous-traitant "devrait prendre des mesures pour compenser l'insuffisance de la protection des données dans le pays tiers par des garanties appropriées en faveur de la personne concernée" et que "[c]es garanties devraient assurer le respect des exigences en matière de protection des

<sup>304</sup> *Ibidem*, n° 96.

<sup>305</sup> *Ibidem*, n° 101.

<sup>306</sup> *Ibidem*, n° 105.

<sup>307</sup> *Ibidem*, n° 130.

données et des droits des personnes concernées d'une manière appropriée au traitement au sein de l'Union, y compris l'existence de droits opposables de la personne concernée et de voies de droit effectives [...] dans l'Union ou dans un pays tiers" »<sup>308</sup>.

La Cour est allée plus loin en estimant que «le responsable du traitement établi dans l'Union et le destinataire du transfert de données à caractère personnel sont tenus de vérifier, au préalable, le respect, dans le pays tiers concerné, du niveau de protection requis par le droit de l'Union. Le destinataire de ce transfert est, le cas échéant, dans l'obligation, en vertu de la même clause 5, sous b), d'informer le responsable du traitement de son éventuelle incapacité de se conformer à ces clauses, à charge alors pour ce dernier de suspendre le transfert de données et/ou de résilier le contrat»<sup>309</sup>.

En corollaire, «les données qui ont déjà été transférées vers ce pays tiers et les copies doivent, dans leur totalité, être restituées ou détruites». À noter que cette obligation de vérification du niveau de protection dans le pays tiers mise à charge du responsable du traitement établi sur le territoire de l'Espace économique européen et le destinataire des données soulève de nombreuses questions.

### 3. Pouvoirs des autorités de contrôle nationales

Les autorités de renvoi irlandaises posaient également une question préjudicielle liée au pouvoir des autorités de contrôle nationales au regard des transferts de données vers un pays tiers et, plus particulièrement, de suspendre ou interdire un tel transfert.

La Cour a considéré, en faisant siennes les conclusions de l'avocat général, que l'autorité de contrôle «est tenue, en vertu de l'article 58, paragraphe 2, sous f) et j), [RGPD], de suspendre ou d'interdire un transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers lorsqu'elle considère, à la lumière de l'ensemble des circonstances propres à ce transfert, que les clauses types de protection des données ne sont pas ou ne peuvent pas être respectées dans ce pays tiers et que la protection des données transférées requise par le droit de l'Union ne peut pas être assurée par d'autres moyens, à défaut pour le responsable du traitement ou son sous-traitant établis dans l'Union d'avoir lui-même suspendu le transfert ou d'avoir mis fin à celui-ci »<sup>310</sup>.

De plus, «le pouvoir d'exécution que l'article 46, paragraphe 2, sous c), du RGPD reconnaît à la Commission aux fins d'adopter des clauses types de protection des données ne lui confère pas la compétence de restreindre les pouvoirs dont disposent les autorités de contrôle au titre de l'article 58, paragraphe 2, de ce règle-

<sup>308</sup> *Ibidem*, n° 131.

<sup>309</sup> *Ibidem*, n° 142.

<sup>310</sup> *Ibidem*, n° 113.

ment (voir par analogie, s'agissant de l'article 25, paragraphe 6, et de l'article 28 de la directive 95/46, arrêt du 6 octobre 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, points 102 et 103) »<sup>311</sup>.

La Cour a précisé cependant que l'autorité de contrôle national est, par contre, soumise « au plein respect de la décision par laquelle la Commission constate, le cas échéant, en application de l'article 45, paragraphe 1, première phrase, du RGPD, qu'un pays tiers déterminé assure un niveau de protection adéquat. En effet, dans une telle hypothèse, il ressort de l'article 45, paragraphe 1, seconde phrase, de ce règlement, lu en combinaison avec le considérant 103 de celui-ci, que les transferts de données à caractère personnel vers le pays tiers concerné peuvent avoir lieu sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une autorisation spécifique »<sup>312</sup>.

Une telle décision d'adéquation a donc un caractère contraignant, dans tous ses éléments, sur la base de l'article 288, alinéa 4, TFUE<sup>313</sup> et il n'appartient pas aux autorités de contrôle nationales d'invalider une décision d'adéquation dès lors que cela ressort de la compétence de la Cour.

Cependant et « même en présence d'une décision d'adéquation de la Commission, l'autorité nationale de contrôle compétente, saisie par une personne d'une réclamation relative à la protection de ses droits et de ses libertés à l'égard d'un traitement de données à caractère personnel la concernant, doit pouvoir examiner, en toute indépendance, si le transfert de ces données respecte les exigences posées par le RGPD et, le cas échéant, introduire un recours devant les juridictions nationales afin que ces dernières procèdent, si elles partagent les doutes de cette autorité quant à la validité de la décision d'adéquation, à un renvoi préjudiciel aux fins de l'examen de cette validité (voir par analogie, en ce qui concerne l'article 25, paragraphe 6, et l'article 28 de la directive 95/46, arrêt du 6 octobre 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, points 57 et 65) »<sup>314</sup>.

### Jean Herveg

Directeur de l'Unité « Libertés & Société de l'Information », CRIDS, UNamur ([www.crids.eu](http://www.crids.eu))

Avocat au barreau de Bruxelles ([www.rawlingsgiles.be](http://www.rawlingsgiles.be))

Auteur de la partie consacrée à la Cour européenne des droits de l'homme

### Jean-Marc Van Gyseghem

Directeur de Recherche au CRIDS, UNamur ([www.crids.eu](http://www.crids.eu))

Avocat barreau de Bruxelles ([www.rawlingsgiles.be](http://www.rawlingsgiles.be))

Auteur de la partie consacrée aux juridictions de l'Union européenne

<sup>311</sup> *Ibidem*, n° 115.

<sup>312</sup> C.J.U.E., *ibid.*, n° 116.

<sup>313</sup> C.J.U.E., *ibid.*, n° 117.

<sup>314</sup> C.J.U.E., *ibid.*, n° 120.