XVI.F.4.

LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE FACE AUX NOUVELLES TECHNOLOGIES

PAR

ELISE DEGRAVE

ASSISTANTE AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES NOTRE-DAME DE LA PAIX DE NAMUR
CHERCHEUSE AU CENTRE DE RECHERCHES INFORMATIQUE ET DROIT

ET

YVES POULLET

PROFESSEUR AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES NOTRE-DAME DE LA PAIX DE NAMUR
ET À L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE
DIRECTEUR DU CENTRE DE RECHERCHES INFORMATIQUE ET DROIT

Souligner l'impact de l'article 22 de la Constitution sur le développement des technologies fait écho aux commentaires divers entendus sur les bancs du Sénat lors des travaux de la révision.

constitutionnelle de 1994 qui introduisit l'article 22 dans la Charte fondamentale de la Belgique. La Constitution se doit de traduire les «principes essentiels qui doivent gouverner sa société», «être le reflet de conscience de son peuple et des exigences qu'il attend du pouvoir» et donc «traduire fidèlement l'évolution de sa pensée (...). Dès lors, il apparaît essentiel que la vie privée et familiale soit protégée des risques d'ingérence que peuvent constituer, notamment par le biais de la modernisation constante des techniques de l'information, les mesures d'investigation, d'enquête et de contrôle menées par les pouvoirs publics et organismes privées» (1). En d'autres termes, la considération des risques encourus par nos libertés du fait des technologies nouvelles était d'emblée au cœur des préoccupations de nos constituants lorsqu'il s'est agi de justifier la consécration de l'article 22 de la Constitution.

(1) Texte proposé par Mme Delcourt et Mr Vandenberghe et crts, «Révision du titre II de la Constitution en vue d'insérer des dispositions nouvelles permettant d'assurer la protection des droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, 17 juin 1993, n° 100-4/2°, p. 2.

La nécessité de protéger nos libertés, grâce à la consécration d'un droit à la vie privée, en particulier face aux technologies dites «nouvelles» (ou plutôt sans cesse renouvelées), se justifie aujourd'hui chaque jour un peu plus. Elle ne concerne pas uniquement les dangers nés des applications des technologies de l'information et de la communication mais également des technologies de manipulation du vivant (2) ou de l'impact de notre industrie moderne sur l'environnement (3). Nous ne pourrons dans le cadre de la présente contribution aborder tous ces aspects pourtant couverts par les débats autour du concept de vie privée (4). Nous nous centrerons sur les seules technologies de l'information et de la communication (5).

Aborder le débat jurisprudentiel de nos hautes Cours en cette matière implique quelques réflexions de base qui constitueront l'objet de la première section du présent rapport : elles concernent, d'une part, la notion de vie privée et sa consécration constitutionnelle au regard d'autres droits ou libertés constitutionnelles, d'autre part, la relation entre ce concept et les réglementations en matière de protection des données à caractère personnel; la seconde section analysera la manière dont les Cours ont donné vie à cet article 22 dans le débat sur la protection des données à caractère personnel.

(2) Ainsi, à travers les multiples manipulations génétiques qui peuvent attenter à notre droit à l'identité.

(3) Ainsi, par l'atteinte à la vie privée que peut représenter, selon la jurisprudence tant européenne que de notre Cour constitutionnelle, l'installation d'un aéroport.

(4) Sur l'étendue des débats liés à la vie privée, voy. le remarquable ouvrage publié sous la direction de F. SUDRE, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Nemesis, 2005, p. 72. Cet ouvrage décrit les diverses facettes du droit à la vie privée. Par ailleurs, on conseillera au lecteur l'ouvrage majeur de F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité,* Bruxelles, Bruylant, 1990. La vie privée s'élargit sans cesse. Elle s'entend à la fois d'une reconnaissance de l'autonomie individuelle vis-à-vis de l'Etat mais également dans nos relations avec autrui. Le recours à la notion devient l'argument mis en avant pour défendre les salariés face à certains contrôles ou exigences de leurs employeurs, le «droit» à la reconnaissance des couples homosexuels, et la légitimité de certaines pratiques sexuelles, y compris sado-masochistes, le droit à un environnement sain, le droit à l'image, le secret des communications, etc. Le droit à la vie privée s'exprime tant dans la maîtrise que l'individu doit avoir de son environnement, de ses relations à autrui, en partie de son identité nominale et physique (le droit au transsexualisme) que de son libre choix dans la manière dont il décide de sa vie avec autrui.

(5) Il est indiscutable que les technologies de l'information et de la communication peuvent ne pas être étrangères à ces manipulations du vivant, en particulier de la personne humaine comme c'est le cas avec la manipulation des cellules (porteuses d'informations génétiques) ou l'implantation dans le corps humain de cellules ou RFID qui permettent la manipulation de l'individu à distance. Dans un autre domaine, depuis l'arrêt *Guerra* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. D.H., arrêt *Guerra c. Italie,* du 19 février 1998), on sait que le droit à un environnement sain dérivé de l'article 8 CEDH passe par l'obligation positive des autorités publiques de prévoir un accès à l'information sur cet environnement.

SECTION 1. – L'ARTICLE 22 ET SA FILIATION RÉCLAMÉE À L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (6)

D'emblée, le Constituant situe l'article 22 comme la traduction de l'article 8 de la CEDH (7). La formule est récurrente dans la jurisprudence des Cours (8). Sans doute – et nous allons y revenir – la formulation de l'article 22 se veut moins large que celle de l'article 8, ne mentionnant ni le secret de la correspondance ni celle du domicile par ailleurs objet d'autres dispositions plus anciennes de notre constitution. Elle se veut plus stricte également, par sa référence à l'exigence d'un instrument législatif pour toute exception. Par ailleurs, la référence n'est point faite seulement au texte de l'article 8 mais également à la jurisprudence foisonnante et extensive de la cour strasbourgeoise (9). Dès les travaux préparatoires de la disposition constitutionnelle, la jurisprudence de l'article 8 de la CEDH consacrant les obligations positives de l'Etat (10) et ses effets horizon-

(6) Ci-après «CEDH».

(7) Ils répondent par là aux vœux exprimés par l'ancien juge belge à la Cour européenne des droits de l'homme, W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH («La garantie des droits de l'homme et la Cour européenne de Strasbourg», *J.T., n° du centenaire,* 1982, p. 107). Selon lui, «l'originalité du système est de constituer une sorte de Constitution européenne, sanctionnée par une Cour proche d'une Cour constitutionnelle, un vaste système d'harmonisation réalisant une osmose entre le droit international des droits de l'homme et le droit constitutionnel interne, ... en quelque sorte, un '*Ius Commune*' européen des droits de l'Homme».

(8) Citons à cet égard la formule habituelle de la Cour constitutionnelle : «Il ressort des travaux préparatoires de l'article 22 de la Constitution que le Constituant a entendu chercher à mettre le plus possible la proposition (de révision constitutionnelle) en concordance avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) afin d'éviter toute contestation sur le contenu respectif de l'article de la Constitution et de l'article 8 de la Convention» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 997/5, p. 2) : voy. not. Cour constitutionnelle, arrêt n° 189/2005, du 14 décembre 2005, p. 41 ; arrêt n° 101/2005, du 1er juin 2005, p. 8 et arrêt n° 151/2006, du 18 octobre 2006, p. 19. Voy. égal. l'expression de la Cour, notamment dans l'arrêt n° 93/2008 (C.C., arrêt n° 93/2008, du 26 juin 2008, p. 21) et l'arrêt n° 119/2008 (C.C., arrêt n° 119/2008, du 31 juillet 2008, p. 22) : «... doit constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, protégé par l'article 22 de la Constitution et par l'article 8 de la CEDH».

(9) Ainsi, plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle se réfèrent explicitement à la jurisprudence de la Cour strasbourgeoise. On cite ainsi parmi de nombreux autres les arrêts n° 50/2003, du 30 avril 2003 et n° 189/2005, du 14 décembre 2005, à propos de troubles à la vie privée causés par le voisinage d'un aéroport. Voy. égal. l'arrêt n° 26/96, du 27 mars 1996, à propos du respect du secret professionnel lors des écoutes téléphoniques. Sur cette interprétation jurisprudentielle débordante et son influence sur la portée et l'extension de l'article 8 de la Convention européenne, voy. la contribution de P. DE HERT et S. GUTWIRTH, «Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxembourg : Constitutionalisation in Action», in S. GUTWIRTH et al. (ed.), *Reinventing Data Protection*, Springer Verlag Dordrecht (NL), 2009, pp. 3 et s ; M. T. MEULDERS-KLEIN, «L'irrésistible ascension de la 'vie privée' au sein des droits de l'Homme», in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée..., op. cit.*, pp. 322 et s.

(10) A propos de ces obligations positives de l'Etat de protéger la vie privée, consacrées par la jurisprudence et la doctrine, voy., entre autres, O. DE SCHUTTER, «La vie privée entre droit de la personnalité et liberté», *Rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 827 et s ; F. SUDRE, «Rapport introductif. La 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie privée», in F. SUDRE (dir.),

taux (11) est invoquée explicitement pour les premières, implicitement pour les seconds (12).

L'insistance mise par le Constituant à se référer à la norme conventionnelle européenne dans le cadre du contrôle de constitutionnalité déroge au principe suivant lequel «la Constitution et la loi spéciale réservent expressément aux règles de droit interne le statut de normes de référence». La référence à la norme conventionnelle européenne s'inscrit cependant dans l'évolution de la compétence de la Cour constitutionnelle, telle que consacrée lors de la révision de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, devenue Cour constitutionnelle. Par l'article 26, §1er*bis*, introduit lors de cette révision, le législateur spécial reconnaît une valeur particulière aux traités constituants de l'Union européenne (13) ainsi qu'à la Convention euro-

Le droit au respect de la vie privée..., op. cit., pp. 27 et s. Les travaux préparatoires menés par notre Constituant se réfèrent explicitement à cette extension de la notion : «Par suite de l'évolution récente qu'ont connue la jurisprudence et la doctrine, le respect de la vie privée, qui était au départ conçu comme une protection contre l'autorité, est devenu un droit qui implique pour l'Etat l'obligation de prendre des mesures positives» (Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution des réformes institutionnelles et du règlement des conflits relatif à la Révision du Titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24*quater* relatif au respect de la vie privée, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1278/2, p. 4).

(11) Depuis la décision de 1981 (Cour eur. D.H., arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, du 13 août 1981), la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît un effet horizontal à la Convention et étend le champ d'application des protections aux relations entre les parties privées §49 : «si la cause immédiate des événements d'où a surgi l'affaire réside dans [un accord passé entre un employeur et des syndicats], c'est le droit interne en vigueur à l'époque qui a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés. La responsabilité de l'Etat défendeur pour toute infraction à la Convention qui en aurait découlé se trouve donc engagée sur cette base». A travers cet effet horizontal de la Convention, les droits fondamentaux semblent plus effectifs. La Cour strasbourgeoise a, par ailleurs, affirmé la nécessité de cumuler les obligations positives de l'Etat et les effets horizontaux des dispositions de la CEDH. A cet égard en particulier, Cour eur. D.H., arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas*, du 26 mars 1985, §23 : «La Cour rappelle que si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale (Cour eur. D.H., arrêt *Airey*, du 9 octobre 1979, série A n° 32, p. 17, par. 32). Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux». Pour une belle application par la Cour constitutionnelle, voy. l'arrêt n° 93/2008, du 26 juin 2008), où l'Etat est intervenu à bon droit en vertu de l'article 22 de la Constitution (ingérence justifiée) selon la Cour constitutionnelle, pour réglementer certains aspects des relations entre locataires et propriétaires : «La mesure correspond à un besoin social impérieux, celui de garantir que l'ensemble des candidats locataires connaissent les conditions dans lesquelles une habitation est mise en location et d'éviter que les propriétaires adoptent un comportement discriminatoire».

(12) Ainsi, les travaux parlementaires évoquent l'importance de consacrer le droit à la vie privée dans les relations entre employeurs et employés et évoquent le besoin d'une intervention de l'Etat à cet égard en vertu de ses obligations positives. Voy. ainsi, sur la base de cette analyse des travaux préparatoires, les conclusions prudentes de W. Van Laethem, T. Decorte et R. Bas, *Private politiezorg en grondrechten,* Leuven, Universitaire Pers Leuven, 1995, pp. 208-209. On ajoute que la Cour de cassation, le 27 février 2001 (Cass., 27 février 2001, *Vigiles,* 2001, vol. 6, n° 4, pp. 153-157, note P. De Hert), en jugeant contraire à l'article 8 de la CEDH le contrôle par caméra de videosurveillance des employés, admet, implicitement du moins, le caractère horizontal de la disposition.

(13) Sur cette notion délicate, voy. T. Debry, «Les questions préjudicielles après la loi spéciale du 9 mars 2003», in *La Cour d'arbitrage – Un juge comme les autres?,* Liège, Ed. du jeune barreau de Liège, 2004, p. 63.

péenne des droits de l'homme, dans la mesure où les lois, décrets et ordonnances d'assentiment à ces traités ne sont susceptibles d'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle que pendant une durée limitée de six mois (14).

Sur la base de cette révision et de la place privilégiée ainsi reconnue à ces textes internationaux, Thomas Bombois conclut, à la suite de Marc Verdussen (15) : «Comme il a été démontré, le traité de l'Union européenne – comme la CEDH – entretient des relations particulières avec l'ordre juridique interne. La subsidiarité inhérente aux traités européens permet aux dispositions constitutionnelles, protectrices des droits fondamentaux, de recevoir priorité d'application en vertu du traité même. C'est à condition, toutefois, qu'elles démontrent leur meilleure efficacité à tendre aux valeurs partagées d'intérêt général. Cette volonté de garantir au mieux les droits fondamentaux de l'individu constitue le point fixe qui, selon l'heureuse expression de Pascal, permet d'embrasser d'un seul regard les exigences des ordres juridiques communautaires et national». Ainsi, à emboîter le pas de ces auteurs, le juge constitutionnel, amené à traiter d'un problème de vie privée, devra tenir compte tant de l'article 8 de la CEDH et de sa jurisprudence que, ajoutons-le, de l'article 16 B du Traité de Lisbonne (16) consacrant un droit quasi constitutionnel à la protection des données (17). Il devra appliquer ces dispositions chaque fois qu'il lui apparaîtra que celles-ci aboutissent à une meilleure protection des libertés individuelles. Ainsi, la Cour a, à plusieurs reprises (18), estimé que «lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs dispositions conventionnelles, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties figurant dans les dispositions constitutionnelles en cause» et que dès lors, lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition du Titre II (...), la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits et libertés analogues».

---

(14) A propos du contentieux en annulation des lois d'assentiment, voy. M.-F. Rigaux et B. Renauld, *La Cour constitutionnelle,* Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 53 et s.

(15) Sur ce point, voy. les réflexions de T. Bombois, «La restriction des compétences de la Cour d'arbitrage à l'égard des traités internationaux», in A. Rasson-Roland, D. Renders et M. Verdussen (dir.), *La Cour d'arbitrage, vingt ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 186 et 187.

(16) Voy. *infra*, point III de cette section.

(17) La possibilité de considérer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne annexée au Traité de Nice comme un texte «fondateur» de l'Union européenne était discutée (à ce sujet, T. Bombois, *op. cit.*, p. 157). Il est clair par contre que la Directive 95/46/CE relative à la protection des données, à la base même de la loi de la révision de la loi belge de 1992 relative au même sujet, ne peut être considérée comme un texte fondateur.

(18) Entre autres, sans prétendre à l'exhaustivité, C.C., arrêt n° 136/2004, du 22 juillet 2004; arrêt n° 158/2004, du 20 octobre 2004; arrêt n° 162/2004, du 20 octobre 2004; arrêt n° 16/2005, du 19 janvier 2005; arrêt n° 48/2005, du 1er mars 2005; arrêt n° 109/2005, du 22 juin 2005; arrêt n° 1/2006, du 11 janvier 2006; arrêt n° 98/2006, du 14 juin 2006 et arrêt n° 61/2008, du 10 avril 2008.

Trois réflexions sont menées dans les lignes qui suivent. La première résume l'évolution de la notion de vie privée qui a conduit les juges strasbourgeois à aller bien au-delà de la conception «négative» de la vie privée. La seconde prend argument de cette extension pour analyser combien à l'heure de la société dite «de l'information», la notion de vie privée englobe à la fois d'autres prescrits constitutionnels, en particulier le secret de la correspondance et la protection du domicile. La troisième étudie le rapport de filiation à établir entre la notion de vie privée et la protection des données, objet d'une législation spécifique et, depuis peu, d'une consécration quasi constitutionnelle par l'Union européenne, distincte de celle accordée à la vie privée.

I. – *L'évolution de la notion de vie privée*

Il est coutumier de présenter l'évolution du concept de vie privée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en distinguant deux temps. Un premier temps voit dans ce concept l'outil juridique de la protection contre les intrusions, le «*right to be left alone*» ou «*right to opacity*». Dans un second temps, la «vie privée» est proclamée comme le droit à l'autodétermination, le droit à l'épanouissement individuel (19). La première conception correspond à une approche négative qui limite la possibilité pour l'Etat de s'introduire dans le domaine «réservé» considéré d'abord comme physique – le domicile – ou relationnel – le secret de la correspondance – de l'individu; la seconde répond à une approche plus positive qui rend l'Etat débiteur, à l'égard des individus, des conditions matérielles et psychiques nécessaires à leur épanouissement individuel. Cette seconde conception s'exprime tant dans la maîtrise que l'individu doit avoir de son environnement, de ses relations à autrui, en partie de son identité nominale et physique – y compris, le droit au transsexualisme – que de son libre choix dans la manière dont il décide de sa vie avec autrui. On rappelle à cet égard, la formule de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Pretty* (20) :

> «la garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement de la personnalité de chaque individu dans ses relations avec ses semblables. La notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8».

Dans ce contexte d'élargissement progressif, la protection de la vie privée est, en ce sens, hybride. De «défensive» contre toute ingérence de l'extérieur conçue comme la défense d'un «jardin clos», garant d'un minimum néces-

(19) Sur cette distinction, voy. B. Docquir, «Le droit de la vie privée : aperçu général et règle de proportionnalité», in B. Docquir et A. Puttemans (éds.), *Actualités du droit de la vie privée,* Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 8.

(20) Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, du 29 avril 2002.

saire à l'épanouissement de l'individu, elle devient «offensive» et se transforme en exigence de reconnaissance par l'Etat des conditions du libre épanouissement de toutes les libertés individuelles, nécessaires à l'épanouissement de chacun, «y compris de permettre à cet individu de réviser ses propres conceptions de la vie bonne, par l'organisation d'un environnement suffisamment hétérogène et pluraliste pour lui fournir l'occasion d'opérer ces révisions» (21). C'est le sens de concept de «droit à l'autodétermination» (*Selbstbestimmungsrecht)* mis en avant par le tribunal constitutionnel allemand dès 1983 (22), qui n'est rien d'autre que la consécration d'une liberté (23).

Ce soi-disant «droit» à la vie privée auquel il est fait référence ne fonctionne pas comme un droit subjectif mais plutôt comme une prérogative indéterminée que la personne peut faire valoir vis-à-vis de l'Etat dans la mesure où la Convention a un effet direct sur lui et l'oblige à prendre les garanties idoines à la protection de la vie privée (24). Tantôt, sa réclamation est judiciaire et amène le tribunal saisi à vérifier au vu des circonstances si l'intérêt avancé par la personne plaignante relève bien de cette «sphère» indispensable à l'épanouissement de l'homme, en d'autres termes de ses libertés essentielles (25) et, le cas échéant, à vérifier les conditions d'applicabilité de l'article 8.2 qui permet à l'Etat de faire prévaloir d'autres intérêts. Tantôt, le cas échéant, après quelques victoires judiciaires, la réclamation se transporte sur le plan politique et entend voir consacrés législativement des droits subjectifs nouveaux suivant l'obligation positive mise à charge des Etats de respecter les libertés individuelles progressivement dévoilées à travers le concept de vie privée. Ainsi, la liberté essentielle que représente la vie privée débouche dans la reconnaissance de multiples droits subjectifs nouveaux qui, sans épuiser la notion, en dessinent les contours, progressivement et dans un mouvement jamais achevé. Sans

(21) O. DE SCHUTTER, «La vie privée...», *op. cit.*, p. 861.

(22) Tribunal constitutionnel allemand, 15 décembre 1983, *BverfGE*, 65, 1, 41. A noter que cette décision concernait précisément la question de la constitutionnalité d'un recensement statistique.

(23) Toutefois, il s'agit «d'une liberté différente par rapport aux autres libertés publiques en ce qu'elle concerne exclusivement chaque individu dans sa subjectivité et sa singularité propres. A ce titre, elle relève aussi des sciences humaines : psychologie, anthropologie, sociologie, philosophie, valeurs éthiques, et touche à la fois au réel, à l'imaginaire et au symbolique qui sous-tendent les comportements des hommes. Ce n'est donc pas un hasard que la Cour européenne des droits de l'homme ait choisi de renoncer explicitement à en définir le contenu, notamment dans ses arrêts *Niemietz* (Cour eur. D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, du 16 décembre 1992) et *Pretty* (Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, du 29 avril 2002). Mais c'est moins sans doute par impuissance que pour en ménager un champ d'application quasi-illimitée» (M. T. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, p. 308, et les références. Voy. égal. F. RIGAUX, *op. cit.*).

(24) Sur ce point, Y. POULLET, «La protection des données à caractère personnel : entre libertés, droits subjectifs et intérêts légitimes», in *Liber Amicorum Paul Martens,* Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 133-150.

(25) Voy., à cet égard, S. GUTWIRTH, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Rathenau Instituut, Den Haag, Juin 1998, pp. 51 et s.

doute – et il en sera question ci-après – la consécration législative de lois particulières tant en matière de protection des données nominatives face au traitement de données (26) que de vidéosurveillance (27) se justifie par cette volonté d'adaptation des principes de l'article 8 en fonction des risques nouveaux créés par les technologies de l'information et de la communication.

II. – *Les technologies de l'information, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 22 de la Constitution*

L'introduction notait que l'article 22 limitait le champ de l'article 8 de la CEDH dans la mesure où il ne mentionne que la protection de la vie privée et familiale sans se référer à la protection du domicile et au secret de la correspondance, protégé respectivement par les articles 15 et 29 de la Constitution (28). On connaît les critiques adressées à cette restriction. «L'obligation de respecter le domicile contenu dans l'article 8 de la CEDH crée une obligation bien plus large que l'interdiction de violation du domicile de l'article 15 de la Constitution et le droit à la correspondance de l'article 8 de la CEDH protège plus que le secret des lettres de l'article 29 de la Constitution» (29).

La prise en considération des applications des technologies de l'information et de la communication ajoute à la critique. Peut-on encore justifier que la correspondance, suivant qu'elle soit sur papier ou électronique, se voit soumise à des dispositions constitutionnelles différentes ? La notion de correspondance est interprétée largement par la Cour européenne des droits de l'homme et inclut l'ensemble des moyens de communication orale ou écrite, peu importe le procédé utilisé. C'est désormais au regard, nous semble-t-il, de l'article 22 de la Constitution que doivent s'apprécier tant

(26) Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *Mon. b.*, 18 mars 1993. Cette loi a été modifiée par la loi du 11 décembre 1998 et par la loi du 26 février 2003.

(27) Loi du 21 mars 2007 réglant l'installation et l'utilisation de caméras de surveillance, *Mon. b.*, 31 mai 2007.

(28) A propos de l'exclusion des communications électroniques du champ d'application de l'article 15 de la Constitution, au contraire de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, voy. F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 218, n° 206).

(29) D. Pissoort et P. De Hert (dir.), *Vie privée et données à caractère personnel,* Politeia, 2006, I, p. 37 et E. Brems, «De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het International, inzonderheid Europese Recht», *T.B.P.*, 1995, pp. 625-626. On ajoute cependant que, nonobstant le libellé de l'article 29 de la Constitution affirmant le caractère absolu du secret de la correspondance, dans l'arrêt n° 202/2004 (C.C., arrêt n° 202/2004, du 21 décembre 2004), la Cour constitutionnelle précise que la disposition doit être lue en tenant compte d'autres dispositions constitutionnelles ou conventionnelles garantissant d'autres libertés voire intérêts qui pourraient limiter son caractère absolu.

la consécration du secret des «communications» privées que des diverses limites mises à ce secret par les législations récentes (30). L'intrusion dans le domicile s'opère par des intrusions non plus physiques mais visuelles, par la vidéosurveillance (31). Au-delà, ne peut-on considérer que l'intrusion peut devenir virtuelle, par le biais de logiciels espions ou de *cookies* introduits dans nos ordinateurs ou par d'autres technologies encore, qu'elles opèrent de manière opaque ou transparente. Ces intrusions, dans le terminal de l'utilisateur ne constituent-ils pas une pénétration de son domicile virtuel dans la mesure où la notion de domicile est entendu au sens de la jurisprudence de l'article 8 de la CEDH comme tout lieu où la personne peut espérer pouvoir s'exprimer librement à l'abri du regard d'autrui (32) ? Cette réflexion pourrait conduire la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge à invalider, comme l'a fait récemment la Cour constitutionnelle allemande (33), des dispositions législatives qui permettraient à nos autorités policières d'infiltrer les ordinateurs voire les mobilophones des citoyens à la recherche d'infractions susceptibles d'être commises ou commises. On peut y voir également, au nom de l'obligation positive de l'Etat, la justification d'une réglementation légale des diverses technologies qui permettent ces intrusions «domiciliaires».

III. – *De la vie privée à la protection des données*

Le régime européen de protection des données nominatives consacré par la directive 95/46 (34) trouve son origine dans le régime européen des droits de l'homme, plus particulièrement dans l'article 8 de la CEDH et dans la

(30) Ainsi, par les articles 124 et suivants de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. Sur ces dispositions, voy. le commentaire de B. Docquir, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008, n°s 128 et s.

(31) Ainsi on note que, dans le cadre du recours en annulation de la loi portant sur les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave, l'arrêt de la Cour constitutionnelle, à propos des contrôles visuels discrets relatifs à certains hangars, établissements, etc., a considéré que ces lieux ne pouvaient être qualifiés de «domicile» au sens de l'article 15 de la Constitution, mais a ajouté : «Il n'empêche que la protection de la vie privée garantie par l'article 22 de la Constitution et par l'article 8 CEDH puisse s'étendre à de tels lieux.».

(32) A cet égard, Y. Poullet, «About the e-privacy Directive : Towards a Third Generation of Data Protection Legislation», in S. Gutwirth, Y. Poullet et P. De Hert (eds), *Data Protection in a profiled world*, Springer Verlag, Dordrecht (NL), 2010.

(33) Cour constitutionnelle allemande, BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008, Absatz-Nr. (1-267), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html. A propos de cette décision, voy. G. Hornung, «Ein neues Gründrecht», *Computer und Recht,* 2008, pp. 299 et s.; G. Hornung et C. Schnabel, «Data protection in Germany II : Recent decisions on on-line searching of computers, automatic number plate recognition and data retention», *CL&SR,* 2009, pp. 114 et s.; P. De Hert, K. de Vries et S. Gutwirth, «La limitation des 'perquisitions en ligne' par un renouvellement des droits fondamentaux, note sous Cour constitutionnelle allemande, 27 février 2008, *R.D.T.I.,* 2009, pp. 87-93.

(34) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, *J.O.U.E.,* L 281, 23 novembre 1995, pp. 0031-0050, ci-après «la directive 95/46».

Convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Ne peut-on cependant considérer que l'Union européenne semble désormais lui consacrer une valeur constitutionnelle autonome en distinguant «vie privée» et «protection des données»? Alors que l'article 7, §1er, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (35) réaffirme l'existence du droit à la vie privée et familiale, au domicile et à la communication, l'article 8 de la Charte reconnaît le droit à la protection des données comme un droit fondamental bien distinct (36). Il l'exprime comme suit :

«1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.

2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.

3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante».

La consécration explicite du droit à la protection des données figure à l'article 16B du Traité de Lisbonne (37). Certains constituants européens (38) distinguent également la protection des données de la vie privée et cette distinction est encouragée par certains auteurs (39). Elle est, à notre sens, dangereuse dans la mesure où elle coupe la protection des don-

(35) Publiée in *J.O.U.E.*, 2000, C-364/01.

(36) Sur la genèse de cet article 8 de la Charte européenne des droits de l'homme, voy. Y. POULLET, «Pour une troisième génération de réglementation de protection des données», in *Défis du droit à la protection à la vie privée*, coll. Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, 31, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 25-70.

(37) «Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant; Le Parlement européen et le Conseil, ..., fixent les règles relatives à la protection des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les Etats membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'union, et à la libre circulation de ces données. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'autorités indépendantes» (article 16 B du Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, *J.O.U.E.*, C-306, 17 décembre 2007)

(38) On retrouve la dissociation entre les deux droits, par exemple, dans la Constitution polonaise ou la Constitution portugaise où la révision de 1997 ajoute à l'article 34 qui protège la vie privée, un article 35 qui consacre le droit à la protection des données à caractère personnel. La solution slovaque consiste à inclure dans un paragraphe distinct de l'article 19 de la Constitution, le droit à la protection de l'individu contre l'accès, la publication et l'utilisation illégitime de ses données. La solution est la même aux Pays-Bas (art. 10). Il est à noter que la référence explicite à la protection des données à côté de celle à la protection de la vie privée s'avère présente dans nombre de Constitutions européennes.

(39) Ainsi, P. DE HERT et S. GUTWIRTH («Privacy, Data Protection and Law Enforcement, Opacity of the individuals and Transparency of power», in E. CLAES, A. DUFF et S. GUTWIRTH (ed.), *Privacy and Criminal Law,* Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, pp. 61 et s.) parlent de «droit à l'opacité» (*right to opacity*) pour définir la vie privée et ce par opposition au «droit à la participation» qui caractérise la réglementation de protection des données à caractère personnel. A noter, avec raison, leur plaidoyer pour un retour de ce droit à l'opacité dans nos sociétés modernes dites de l'information.

nées nominatives de ces racines. En plaçant le droit à la protection des données au même niveau que le respect de la vie privée, les avocats et les législateurs risquent d'oublier l'ancrage fondamental des régimes de protection des données dans les principes de dignité et d'autonomie humaine qui sont à la base de la protection de la vie privée.

La reconnaissance du droit à la protection des données en tant que droit fondamental distinct du traditionnel droit fondamental au respect de la vie privée visé à l'article 7 de la Charte appelle certains commentaires relatifs à la portée de l'article 22 de notre Constitution (40). L'article 22 qui entend protéger la vie privée pourrait-il être interprété demain comme excluant la protection des données nominatives ? En d'autres termes, faudra-t-il demain une réforme constitutionnelle si on souhaite assurer la protection constitutionnelle de nos données nominatives ? Nous ne le pensons pas. Il y a peu à craindre que les juges constitutionnels belges interprètent la disposition de l'article 22 de manière étroite, rejetant dans l'ombre les exigences de protection des données nominatives. Les travaux préparatoires à la réforme de 1994 ont, nous le disions d'emblée, clairement ancré l'article 22 dans l'article 8 de la CEDH et son interprétation. Par ailleurs, les juges de la Cour constitutionnelle, s'ils appliquent le principe de la supériorité des normes internationales, conditionnent cependant leur soumission aux normes internationales, conditions que ni la directive ni la Charte européenne des droits de l'homme ne revêtent. Enfin, le Traité de Lisbonne contient l'engagement de l'Union européenne de ratifier la Convention du Conseil de l'Europe (41) et donc de suivre la jurisprudence strasbourgeoise relative à l'article 8 et mettra fin à l'ambiguïté de la consécration distincte dénoncée.

(40) Nous n'aborderons pas ici les mérites de la constitutionnalisation au plan européen. La «constitutionnalisation» de la protection des données peut être considérée comme un plus dans la mesure où elle étend l'application des principes fondamentaux de la Directive à tout traitement de données à caractère personnel en ce compris donc, à ceux qui ne sont pas couverts par la directive et réalisés dans le cadre des 2e et 3e piliers de l'Union Européenne. Le statut constitutionnel de la protection des données accorde aux régimes de protection des données une sorte de privilège constitutionnel par rapport aux textes législatifs ayant le même objet et permet un contrôle de la constitutionnalité de leur mise en œuvre par les Cours constitutionnelles.

(41) Voy. le Protocole relatif à l'article 6, §2, du Traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

SECTION 2. – LES TRAITEMENTS DE DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL ENCADRÉS PAR L'ARTICLE 22 DE LA CONSTITUTION

En prévoyant que «chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi», l'article 22 de la Constitution interdit les traitements de données à caractère personnel. Les exceptions à cette interdiction de principe doivent être fixées par la loi.

Le mot «loi» utilisé dans cette disposition constitutionnelle soulève deux questions que les hautes juridictions n'ont pas manqué d'éclairer. Premièrement, quel est le législateur compétent pour organiser un traitement de données à caractère personnel : s'agit-il exclusivement du législateur fédéral ou une telle compétence est-elle également reconnue aux législateurs communautaires et régionaux ? Deuxièmement, quel doit être le contenu de la loi pour satisfaire aux exigences de l'article 22 de la Constitution ?

I. – *La désignation du législateur compétent*

Dans l'exercice de leurs compétences, les communautés et les régions sont régulièrement amenées à mettre en place des traitements de données à caractère personnel. La question se pose, dès lors, de savoir si elles peuvent librement régler, par décrets et ordonnances, de telles ingérences dans la protection de la vie privée et si, dans l'affirmative, elles doivent respecter la loi du 8 décembre 1992 (42).

Aujourd'hui, la Cour constitutionnelle soutient la solution selon laquelle les communautés et les régions peuvent organiser des traitements de données à caractère personnel dans l'exercice de leurs compétences. Elles doivent toutefois respecter les dispositions de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (43). En effet, selon la haute juridiction constitutionnelle, la loi du 8 décembre 1992 est «la réglementation fédérale générale, qui a valeur de réglementation minimale pour toute la matière» (44).

Une telle solution semble réaliser un compromis louable entre deux impératifs.

---

(42) Les développements qui suivent s'inspirent largement de l'article suivant : E. DEGRAVE, «L'article 22 de la Constitution et les traitements de données à caractère personnel», *J.T.*, 2009, pp. 365-371.

(43) Ci-après «loi du 8 décembre 1992».

(44) C.C., arrêt n° 162/2004, du 20 octobre 2004, B.5.2; arrêt n° 16/2005, du 19 janvier 2005, B.5.2 et arrêt n° 15/2008, du 14 février 2008, B.21; J.-M. HAUSMAN, «Le droit d'accès au système d'information santé organisé par le décret du 16 juin 2006 de la Communauté française», in G. SCHAMPS (dir.), *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement,* Bruxelles/Bruylant, Paris/LGDJ, 2007, pp. 187-247 et spéc. pp. 204-207.

D'une part, confier la réglementation minimale de la matière au législateur fédéral permet de respecter la volonté originaire du Constituant (45) et du législateur (46) d'harmoniser, sur le territoire de la Belgique, la protection de la vie privée, notamment dans le cadre des traitements de données à caractère personnel. En effet, au moment de l'adoption de la loi du 8 décembre 1992 et de l'insertion de l'article 22 dans la Constitution, prévalait l'idée que l'aménagement des droits fondamentaux ressortissait de la compétence exclusive du législateur fédéral. Il était avancé que de tels attributs de la personne humaine devaient être interprétés et mis en œuvre de manière uniforme sur tout le territoire. La loi du 8 décembre 1992 a donc été adoptée dans le but d'«instaurer une réglementation générale qui constitue une exigence minimale pour les législations sectorielles» (47). Dans le même sens, à l'occasion de l'adoption de l'article 22 de la Constitution, le constituant a affirmé notamment que «les restrictions du droit au respect de la vie privée relèvent exclusivement des compétences fédérales (...). Le pouvoir décrétal ne peut prévoir que plus de garanties, et jamais moins de garanties que le législateur national» (48).

D'autre part, permettre aux communautés et aux régions d'intervenir en la matière reflète l'évolution du fédéralisme belge dont la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, notamment, s'est faite l'écho. En effet, les communautés et les régions exercent aujourd'hui de nombreuses compétences liées aux droits fondamentaux. Il aurait été absurde de continuer à soutenir que ces entités n'étaient pas compétentes pour poser des limites à l'exercice de ces droits. Dans cet esprit, la Cour constitutionnelle a d'ailleurs affirmé que «la consécration, par la Constitution et les traités internationaux, de droits et libertés fondamentaux ne signifie en aucune manière que leur réglementation n'appartiendrait, en tant que telle, qu'à l'autorité fédérale. C'est à chaque autorité qu'il appartient d'en assurer le

(45) Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits relatif à la Révision du Titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24*quater* relatif au respect de la vie privée, *op. cit.*, p. 3.

(46) Projet de loi relatif à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel et proposition de loi relative à la protection de données personnelles concernant les personnes physiques dans les fichiers informatiques ou banques de données et à la création d'une commission nationale de l'informatique et des libertés (Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme Merckx-van Goey, *Doc. parl.,* Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 413/12, p. 15).

(47) Projet de loi relatif à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel et proposition de loi relative à la protection de données personnelles concernant les personnes physiques dans les fichiers informatiques ou banques de données et à la création d'une commission nationale de l'informatique et des libertés (Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme Merckx-van Goey, *op. cit.*, p. 15).

(48) Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits relatif à la Révision du Titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24*quater* relatif au respect de la vie privée, *op. cit.,* p. 3.

respect en les concrétisant lorsqu'elle exerce les compétences qui sont les siennes» (49).

Bien qu'elle représente une solution modérée entre la volonté d'uniformiser la protection des citoyens sur l'ensemble du territoire et le souhait de respecter l'exclusivité des compétences de chaque entité fédérée, cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle étonne. Elle aboutit à soumettre les décrets et les ordonnances au respect d'une autre norme de valeur législative qu'est la loi du 8 décembre 1992, et, ce faisant, à ébrécher les principes qui sous-tendent l'organisation fédérale de l'Etat belge. En effet, contraindre les législateurs communautaires et régionaux à respecter le prescrit du législateur fédéral méconnaît le principe de l'exclusivité des compétences de chaque collectivité, qui signifie que la collectivité fédérale et les collectivités fédérées interviennent seules, à l'exclusion l'une de l'autre, dans les matières qui leur appartiennent. Elles sont placées sur un pied d'égalité, et ne peuvent être subordonnées l'une à l'autre. Cette égalité entre les composantes de l'Etat fédéral concerne au premier chef les normes adoptées, comme le prévoit l'article 19, §2, de la loi spéciale du 8 août 1980 qui consacre l'équipollence entre les lois, les décrets et les ordonnances régionales. Ces normes ne sont donc soumises qu'au respect de la Constitution et des lois spéciales et ordinaires qui organisent le partage des compétences entre ces collectivités (50).

Force est de constater aujourd'hui que la compétence du législateur fédéral d'édicter des normes générales, qui s'imposent aux communautés et aux régions, ne jouit d'aucun fondement juridique. Une solution à cette lacune serait de recourir à la loi spéciale du 8 août 1980 et d'y intégrer une disposition suivant laquelle, dans l'exercice de leurs compétences, les communautés et les régions doivent respecter les règles fédérales générales en matière de protection des données à caractère personnel. Outre que celle-ci offre un fondement juridique à la compétence complémentaire des communautés et

(49) C.C., arrêt n° 124/99, du 25 novembre 1999, B.4.4 (à propos de la liberté d'expression). Voy. égal., not., l'arrêt n° 124/2000, du 29 novembre 2000, B.4.2 (à propos de la liberté d'expression et de la presse).

(50) R. Ergec, «Les aspects juridiques du fédéralisme», in *Le fédéralisme – Approches politique, économique et juridique*, Bruxelles, De Boeck Université, 1994, pp. 43-45; H. Bribosia et J.-L. Van Boxstael, *Le partage des compétences dans la Belgique fédérale*, Bruges, la Charte, 1994, pp. 39-40; B. Jadot, «La jurisprudence de la Cour d'arbitrage et le système constitutionnel», in *La Cour d'Arbitrage – Actualités et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 230-232; M. Verdussen, «Evolution du fédéralisme, de la décentralisation et du régionalisme», in *Cinquante ans de constitutionnalisme – Réalité et perspectives (1945-1995)*, Bâle, Genève, Munich, Helbing &Lichtenhahn, 1999, pp. 228, 230, 231, 238 et 239; M. Uyttendaele, *Précis de droit constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 918; F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique, op. cit.*, p. 588; A. Alen, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995, p. 340; L.P. Suetens et R. Leysen, «Staat, gewesten en gemeenschappen. De technieken van bevoegdsverdeling. De rol van het arbitragehof», in *Prof. Dr Louis Paul Baron Suetens – Op de grens van het ideaal denkbare en het praktisch haalbare*, Bruges, die Keure, 1997, pp. 224-225; F. Delpérée et M. Verdussen, «L'égalité, mesure du fédéralisme», *R.B.D.C.*, 2004, pp. 291-294.

des régions, cette solution respecterait davantage la hiérarchie des normes et éviterait qu'il faille, par une interprétation jurisprudentielle, faire prévaloir une norme de valeur législative par rapport à d'autres normes de même valeur.

C'est, du reste, la solution qui prévaut en matière de marchés publics, par exemple. L'article 6, §1, VI, alinéa 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 confie au législateur fédéral le soin de définir les règles générales en matière de marchés publics, tandis que les régions sont compétentes pour compléter cette réglementation de base, sans toutefois pouvoir y déroger. Cette solution vise à garantir le maintien de l'union économique et monétaire sur le territoire belge (51).

Des difficultés subsisteraient pourtant quant à la détermination des aspects de la matière faisant partie de ces règles générales. La Cour constitutionnelle serait sans doute amenée à devoir éclairer cette notion, comme elle l'a fait en matière de marchés publics à propos de l'organisation de l'agréation des entrepreneurs (52). Plus particulièrement, les règles générales consisteraient-elles exclusivement en les principes fondamentaux qui sous-tendent la protection des données à caractère personnel, ou s'agirait-il également de la procédure applicable lors des traitements de ces données ? Par exemple, actuellement, la loi du 8 décembre 1992 institue, auprès de la Chambre des représentants, la Commission de la protection de la vie privée (53). Celle-ci est composée de membres désignés par la Chambre des représentants, chargés notamment d'émettre des avis à propos de «l'application des principes fondamentaux de la protection de la vie privée» (54), que ceux-ci concernent des traitements de données effectués au sein de l'administration fédérale ou des administrations fédérées. L'intervention de cette Commission fait partie de la procédure encadrant les traitements de données à caractère personnel. Doit-on considérer qu'il s'agit d'une règle générale applicable aux entités fédérées (55) ?

Une autre question se poserait également dans l'hypothèse où le législateur fédéral n'aurait pas (encore) réglé une question qui semblerait relever de la législation de base; les législateurs communautaires et régionaux

(51) Exposé des motifs du projet de loi modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, n° 516/1, p. 10); B. HAUBERT et P. VANDERNOOT, «La nouvelle loi de réformes institutionnelles», *A.P.T.*, 1988, p. 241; A. ALEN, *op. cit.*, p. 342; C.C., arrêt n° 32/92, du 23 avril 1992, B.3.2.

(52) C.C., arrêt n° 79/92, du 23 décembre 1992.

(53) Voy. les articles 23 à 36 de la loi du 8 décembre 1992. Sur le statut de cette Commission, voy. E. DEGRAVE, «La Commission de la protection de la vie privée : un organisme invincible ?», *R.D.T.I.*, 2006, pp. 225-241.

(54) Loi du 8 décembre 1992, art. 29, §1er.

(55) A ce sujet, voy. D. DE ROY, C. DE TERWANGNE et Y. POULLET, «La Convention européenne des droits de l'homme en filigrane de l'administration électronique», *C.D.P.K.*, 2007, p. 332.

devraient-ils attendre son intervention avant de pouvoir réglementer certains aspects de la question ? Si l'on s'en réfère à la matière des marchés publics, il semble admis que les communautés et les régions ne doivent pas attendre la réglementation fédérale pour intervenir. Mais, si les autorités fédérées interviennent, les normes adoptées seront soumises aux modifications ultérieures de la législation fédérale. Les législateurs communautaires et régionaux seraient ainsi privés de la compétence qu'ils auraient exercée jusqu'alors (56).

II. – *Le contenu de la loi*

Les traitements de données à caractère personnel supposent que de nombreux aspects soient réglés. Ainsi en va-t-il des données utilisées, des délais de conservation de celles-ci, des destinataires des informations etc. L'article 22 de la Constitution exige-t-il que le législateur détermine lui-même chaque détail du traitement de données envisagé ?

Par ailleurs, les traitements de données à caractère personnel peuvent revêtir des formes multiples qui portent plus ou moins atteinte aux libertés citoyennes. L'examen de la proportionnalité du traitement organisé est une pierre angulaire de la réglementation de ces traitements, mais il s'avère aussi un exercice complexe auquel les hautes juridictions ont déjà pu s'atteler.

A. *Les éléments essentiels du traitement déterminés par le législateur*

La délimitation des éléments des traitements de données à caractère personnel devant être fixée par le législateur renvoie à l'exigence de qualité de la loi, initialement dégagée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

De manière constante, la Cour constitutionnelle rappelle qu'«il ressort des travaux préparatoires de l'article 22 de la Constitution que le Constituant a entendu chercher 'à mettre le plus possible la proposition en concordance avec l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...), afin d'éviter toute contestation sur le contenu respectif de l'article de la Constitution et de l'article 8 de la Convention'» (57). Dès lors, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de l'article 8 de Convention, la Cour constitutionnelle doit veiller au respect de l'article 22 de la Constitu-

(56) H. Bribosia et J.-L. Van Boxstael, *op. cit.*, p. 76 et p. 87.

(57) Voy. not. C.C., arrêts n° 50/2003 et n° 51/2003, du 30 avril 2003 ; arrêt n° 94/2003, du 2 juillet 2003 ; arrêt n° 151/2003, du 26 novembre 2003 ; arrêt n° 101/2005, du 1er juin 2005 ; arrêt n° 91/2006, du 7 juin 2006 ; arrêt n° 151/2006, du 18 octobre 2006 ; arrêt n° 118/2007, du 19 septembre 2007 ; arrêt n° 119/2008, du 31 juillet 2008 et arrêt n° 118/2009, du 16 juillet 2009.

tion en analysant non seulement si le traitement de données à caractère personnel se fonde sur une norme de valeur législative, mais également si cette dernière revêt la qualité exigée en cette matière.

En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé à maintes reprises l'importance de rédiger une loi d'une certaine qualité. Cet impératif implique le respect de deux ordres d'exigences que la Cour constitutionnelle ne manque pas de reprendre dans sa jurisprudence : d'une part, la loi doit être suffisamment précise pour permettre aux citoyens de prévoir les conséquences de leurs actes. D'autre part, elle doit être suffisamment précise pour empêcher l'arbitraire de la puissance publique.

1. *Une loi prévisible*

La loi doit être prévisible. En d'autres termes, selon la Cour européenne des droits de l'homme, la loi doit être «énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable, les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé» (58). Selon la Cour européenne, en matière de traitements de données à caractère personnel, cette exigence signifie que la loi doit définir «le genre d'informations pouvant être consignées, (...) les catégories de personnes susceptibles de faire l'objet de mesures de surveillance telles que la collecte et la conservation de données, (...) les circonstances dans lesquelles peuvent être prises ces mesures, (...) la procédure à suivre (...) l'ancienneté des informations détenues et la durée de leur conservation» (59). Il s'agit là des éléments essentiels d'un traitement de données à caractère personnel qui doivent figurer dans la loi.

La Cour constitutionnelle reprend cette exigence dans sa jurisprudence. Elle rappelle que l'article 22 de la Constitution «garantit à tout citoyen qu'il ne pourra être porté atteinte au respect de sa vie privée qu'en vertu d'une disposition législative, et dans les conditions que celle-ci prévoit, de manière à ce que chacun puisse savoir à tout moment à quelles conditions et dans quelles circonstances les autorités publiques pourraient s'ingérer dans ce droit» (60).

A trois reprises, la haute juridiction a été amenée à se prononcer sur la constitutionnalité, au regard de l'article 22, d'une norme de valeur législa-

(58) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*, du 26 avril 1979; arrêt *Malone c. Royaume-Uni*, du 2 août 1984, n° 67; arrêt *Amann c. Suisse*, du 16 février 2000, n°s 75 et 76 et arrêt *Leander c. Suède*, du 26 mars 1987, n° 50.

(59) Cour eur. D.H., arrêt *Rotaru c. Roumanie*, du 4 mai 2000, n° 57. A propos de cet arrêt, voy. O. DE SCHUTTER, «Observations. Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel», *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 148-183.

(60) C.C., arrêt n° 202/2004, du 21 décembre 2004, B.4.3.

tive organisant un traitement de données à caractère personnel, à savoir une loi créant un Centre d'information et d'avis sur les organisations sectaires nuisibles (61), un décret flamand relatif au système d'information santé dont il a déjà été question plus haut (62) et une loi relative à l'institution et à l'organisation de la plate-forme *eHealth* (63).

A la lecture de ces deux premiers arrêts, un double constat doit être dressé. Premièrement, la Cour semble élever la loi du 8 décembre 1992 au rang de norme de référence par rapport à laquelle il convient de confronter la norme attaquée. Deuxièmement, la Cour semble considérer que le respect de la loi du 8 décembre 1992 suffit à rendre la norme prévisible.

Dans le troisième arrêt, la Cour paraît toutefois infléchir sa position et faire preuve davantage d'orthodoxie.

a) *La loi du 8 décembre 1992 élevée au rang de norme de référence*

Plutôt que de confronter la norme attaquée à l'article 22 de la Constitution tel qu'interprété au regard des conditions dégagées par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Rotaru*, la Cour la confronte directement à la loi du 8 décembre 1992. En d'autres termes, l'exigence de qualité de la norme attaquée semble être remplie lorsque celle-ci respecte la loi du 8 décembre 1992.

Ainsi, dans le premier arrêt à ce sujet rendu en 2000, la Cour se contente de vérifier que la loi attaquée ne contredit pas la loi du 8 décembre 1992. En d'autres termes, elle s'assure que les règles particulières prévues par la loi attaquée ne portent pas «atteinte aux garanties prévues par la loi attaquée» et ne constituent «que des garanties supplémentaires». Son analyse la pousse à rejeter le moyen «en tant qu'il objecte que la loi attaquée entoure le traitement de données à caractère personnel par le Centre de moins de garanties que n'en prévoit le régime de droit commun» (64).

Dans le deuxième arrêt rendu à ce sujet en 2008, la Cour identifie, dans la loi du 8 décembre 1992, certains éléments essentiels d'un traitement de données à caractère personnel. En l'occurrence, elle retient l'objectif poursuivi par celui-ci, la quantité des données collectées à cette fin, ainsi que l'obligation d'obtenir le consentement écrit du patient pour traiter ses données sensibles. Elle regarde ensuite si le décret attaqué règle ces éléments pour la matière concernée. Constatant que la norme litigieuse ne prévoit pas suffisamment de garanties au sujet de l'exigence du consentement écrit

(61) C.C., arrêt n° 31/2000, du 21 mars 2000.

(62) C.C., arrêt n° 15/2008, du 14 février 2008.

(63) C.C., arrêt n° 29/2010, du 18 mars 2010. La plateforme *eHealth* est une institution publique chargée d'organiser l'échange sécurisé de données à caractère personnel relatives à la santé entre les acteurs des soins de santé.

(64) C.C., arrêt n° 31/2000, du 21 mars 2000, B.5.5.

du patient, la Cour considère que la disposition litigieuse «porte atteinte à la protection prévue à l'article 7, §2, a), de la loi du 8 décembre 1992, qui exige le consentement écrit de la personne concernée» et, à ce titre, elle l'annule.

Force est donc de constater que, lorsque la Cour est saisie d'une question relative à la protection des données à caractère personnel, elle confronte la norme attaquée à la loi du 8 décembre 1992. Un tel raisonnement semble contraire aux règles constitutionnelles et à celles de la loi spéciale du 6 janvier 1989 qui déterminent strictement la compétence de la Cour constitutionnelle. Sur la base de ces dispositions, la haute juridiction doit déclarer irrecevables les moyens qui dénoncent directement une violation d'une norme de valeur législative (65). Seules les règles répartitrices de compétence et les droits fondamentaux contenus dans le Titre II de la Constitution peuvent servir de normes de référence.

On comprend le malaise de la Cour face au caractère vague de l'article 22 de la Constitution, et son souci de lui donner une consistance en matière de traitements de données à caractère personnel tout en maintenant une cohérence par rapport aux autres normes en la matière. Il semblerait néanmoins plus conforme au droit de confronter la norme attaquée à l'article 22 de la Constitution tel qu'interprété au regard d'un certain nombre de textes, nationaux et internationaux, visant spécifiquement la protection de la vie privée lors des traitements de données à caractère personnel. En effet, «l'interprétation de la Constitution n'est pas l'apanage de la Cour [constitutionnelle]» (66). D'autres institutions peuvent se prêter à cet exercice et inspirer la Cour. En effet, la haute juridiction ne doit «pas seulement être à l'écoute des cris et des murmures de la société. Elle doit aussi être attentive aux interprétations constitutionnelles procurées dans d'autres cénacles, afin de nourrir ses propres interprétations et contribuer ainsi au dialogue constitutionnel» (67). Ainsi, dans l'ordre national, il faut être attentif aux débats parlementaires relatifs à l'interprétation de la Constitution. «Les assemblées parlementaires jouent, dans ce dialogue interne, un rôle crucial» (68) car «toute interprétation de la Constitution doit être le reflet d'un consensus social fondamental» qui «ne peut être défini sans le concours des parlementaires» (69). Dans l'ordre international, «le dialogue se noue avec d'autres juges» car, aujourd'hui, «les droits fondamentaux sont 'le patrimoine commun de la culture politique occidentale'» (70). C'est pourquoi, il importe

(65) Voy. not., M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, p. 97, et les références citées.

(66) M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, p. 84.

(67) *Ibid.*

(68) *Ibid.*

(69) *Ibid.*

(70) *Ibid.*

pour la Cour constitutionnelle de prendre en compte, notamment, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ainsi, l'interprétation de l'article 22 de la Constitution pourrait être enrichie des conditions prévues par la loi du 8 décembre 1992, mais également de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et spécifiquement de l'arrêt *Rotaru*. On ne peut également faire fi de la Convention du Conseil de l'Europe, du 28 janvier 1981, relative à la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, ainsi que de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation des données.

En ce sens, il faut saluer le récent retour de la Cour à une position plus orthodoxe. Dans l'arrêt rendu en mars 2010 au sujet de la loi instituant et organisant la plate-forme *eHealth*, la Cour reconnaît qu'elle ne peut confronter la loi attaquée à d'autres normes législatives, hormis celles qui contiennent des dispositions répartitrices de compétence entre l'Etat, les communautés et les régions (71). Toutefois, rappelle-t-elle, «la Cour peut examiner si le législateur a respecté les obligations internationales qui découlent des dispositions invoquées de la directive précitée, de la Convention n° 108 précitée auxquelles la loi précitée du 8 décembre 1992 et ses modifications ultérieures donnent exécution». Et d'ajouter que «ces obligations forment un tout indissociable des garanties qui sont reproduites à l'article 22 de la Constitution. Une disposition qui est contraire à ces obligations violerait par conséquent le droit au respect de la vie privée, tel qu'il est garanti à l'article 22 de la Constitution» (72). Dans son analyse, elle confronte la loi attaquée à l'article 22 de la Constitution, à la Convention n° 108 précitée et à la directive précitée, mais non à la loi du 8 décembre 1992, conformément aux règles constitutionnelles et à celles de la loi spéciale du 6 janvier 1989 qui déterminent la compétence de la Cour constitutionnelle.

b) *Le respect de la loi du 8 décembre 1992 comme condition suffisante de la prévisibilité de la norme*

Au-delà de la question de l'utilisation d'une norme de valeur législative en tant que norme de référence, la méthode de la Cour pose question quant à la qualité de l'examen de prévisibilité de la norme.

Plusieurs éléments cardinaux de ces traitements semblent souffrir d'imprécision. Ainsi en est-il tout d'abord de la finalité de chacun des traitements envisagés.

(71) C.C., arrêt n° 29/2010, du 18 mars 2010, B.5.3.
(72) *Ibid.*

Lors du premier recours, il a été objecté que la finalité prévue par la loi attaquée n'était pas suffisamment précise étant donné qu'elle s'assimilait à l'ensemble des missions qui seraient menées par le Centre de lutte contre les organisations sectaires nuisibles. Dans son arrêt, la Cour ne répond pas à cette objection en définissant ce que doit être une finalité précise et prévisible. Elle préfère répondre en mentionnant les différentes garanties qui accompagnent les traitements envisagés qui respectent la loi du 8 décembre 1992.

Lors du deuxième recours, le décret flamand était critiqué en ce qu'il prévoit que «le système d'information opérationnel a pour but l'optimalisation de l'échange de données entre prestataires de soins, organisations sur le terrain, et carrefours d'information, à propos des données nécessaires pour pouvoir assurer la continuité et la qualité de dispensation des soins». Il était objecté notamment que les dispositions attaquées ne bénéficiaient pas d'une «définition claire des finalités pour lesquelles des données personnelles peuvent être collectées» (73). La Cour y répond en considérant, sans explication, que «l'objectif du traitement des données dans le système d'information opérationnel et épidémiologique est amplement défini à l'article 4 du décret attaqué et justifié par ailleurs dans les travaux préparatoires». Pour ces raisons, elle considère que les finalités sont définies assez précisément.

Dans le même sens, lors du troisième recours, la loi était critiquée en ce qu'elle prévoit que «la plate-forme eHealth a pour but d'optimaliser la qualité et la continuité des prestations de soins de santé et la sécurité du patient, de promouvoir la simplification des formalités administratives pour tous les acteurs des soins de santé et de soutenir la politique en matière de santé, et ce par des prestations de services et des échanges d'informations électroniques mutuels entre tous les acteurs des soins de santé, organisés avec les garanties nécessaires sur le plan de la sécurité de l'information et de la protection de la vie privée» (74). Les requérants soutenaient que cette finalité était formulée de manière étendue, générale et vague, au point qu'elle autoriserait «le traitement de presque toutes les données collectées sur la base des dossiers médicaux» (75). De façon peut-être trop prudente, la Cour se contente à nouveau de répondre que les finalités «ont été exposées de manière circonstanciée et détaillée» dans l'article 4 dont le texte est repris ci-dessus.

Pourtant, peut-on raisonnablement considérer qu'à la lecture de ces dispositions décrivant les finalités des traitements, tout citoyen est capable de

(73) C.C., arrêt n° 15/2008, du 14 février 2008, B.22.
(74) Article 4 de la loi attaquée.
(75) C.C., arrêt n° 29/2010, du 18 mars 2010, B.11.

comprendre les objectifs poursuivis lors de l'utilisation de leurs données, en particulier médicales ?

La précision quant à la nature des données utilisées dans le système information santé a également été soumise à l'appréciation de la Cour. Le décret prévoit, en effet, que «le dossier de santé individuel contient au moins les données suivantes» et dresse une liste de cinq données, qui peut être complétée par le Gouvernement flamand. Pour juger de la précision d'une telle liste, la Cour se réfère exclusivement aux travaux préparatoires qui, pour indiquer le sens à donner à cette énumération exemplative se référaient uniquement à l'article 4, c), de la loi du 8 décembre 1992, et n'exigeaient pas d'autre précision quant aux types de données effectivement utilisées. A nouveau, peut-on raisonnablement considérer qu'un citoyen est à même de connaître, à la lecture de cette disposition, les données exactes qui seront traitées à son sujet ? Quand bien même il voudrait se référer aux travaux préparatoires du décret, faudrait-il encore qu'il puisse y accéder. Quand bien même il aurait franchi ces deux étapes, il ne trouverait dans ces textes que la répétition d'une exigence abstraite figurant dans la loi du 8 décembre 1992, à savoir que «les données personnelles doivent être suffisantes, pertinentes et non excessives». Comment considérer que les citoyens ont, à partir de telles dispositions, une connaissance claire des traitements de données à caractère personnel les concernant ?

Enfin, la prévisibilité des traitements envisagés a aussi été soumise à l'appréciation de la Cour. Dans le troisième recours, il était reproché à la loi attaquée de ne pas circonscrire assez précisément les traitements effectués par la plate-forme *eHealth*. Les requérants pointaient en particulier l'article 5, 5°, de la loi attaquée (76), qui ne semble pas empêcher l'enregistrement centralisé de données médicales. Etonnamment, la Cour estime que cette disposition répond à l'exigence de prévisibilité à laquelle doit répondre toute loi organisant un traitement de données à caractère personnel. Pour justifier sa position, elle se fonde sur l'exposé des motifs d'un avant-projet de loi portant des dispositions diverses datée de la session parlementaire de 2007-2008, lequel contenait à l'origine ladite disposition attaquée. Il y est en effet mentionné le fait que la plate-forme *eHealth* n'enregistre pas de données à caractère personnel. La Cour conclut alors que «par conséquent, la mission prévue à l'article 5, 5°, (...) ne peut conduire à un accord dans lequel l'enregistrement de données serait assuré par la plate-forme elle-même. Il revient au juge compétent de veiller au respect de cette exigence de la loi». La Cour fait à nouveau preuve de beaucoup de tolérance

(76) Cette disposition prévoit que la plate-forme *eHealth* est chargée de «s'accorder sur une répartition des tâches en ce qui concerne la collecte, la validation, l'enregistrement et la mise à disposition de données échangées au moyen de la plate-forme de collaboration et sur les normes de qualité auxquelles ces données doivent répondre, et contrôler le respect de ces normes de qualité».

par rapport au législateur. Comment considérer que cette disposition est prévisible alors que son exacte compréhension suppose que le citoyen accède aux travaux préparatoires, trouve le passage pertinent à la 88e page des 426 qui forment un des trente-quatre documents préparatoires et devine que cette interprétation prévaut ? N'aurait-il pas été plus conforme à la sécurité juridique d'imposer au législateur de mentionner expressément dans la disposition attaquée que l'enregistrement des données est exclu plutôt que de se reposer sur un contrôle juridictionnel bien aléatoire ?

Certes, à l'heure actuelle, la Cour a rendu peu d'arrêts au sujet des traitements de données à caractère personnel. Il serait hasardeux d'en tirer des enseignements trop hâtifs. Néanmoins, il y a lieu, d'ores et déjà, d'insister sur l'importance d'une définition claire des éléments cardinaux d'un traitement de données à caractère personnel qui semble manquer dans les dispositions attaquées sans pour autant que celles-ci soient sanctionnées par la Cour.

Pourtant, il importe, en cette matière particulièrement, de veiller à la compréhension des textes organisant pareilles ingérences dans la vie privée. En effet, l'utilisation d'informations personnelles fait peur aux citoyens. On connaît mal les outils nouveaux de traitements de données et ces outils paraissent complexes et opaques. Les personnes concernées craignent également que l'objectif poursuivi lors de la collecte de leurs informations ne soit détourné et se retourne finalement contre eux. L'exigence de prévisibilité de la norme prend dès lors tout son sens pour établir la confiance entre les citoyens et l'Etat qui met en place de tels outils.

En outre, la rédaction des normes organisant des traitements de données à caractère personnel est une œuvre d'autant plus complexe qu'elle suppose souvent l'utilisation d'un jargon nouveau créé au rythme de l'apparition des nouveaux outils à réglementer. A la lecture de nombreux textes en la matière, on regrette souvent le «manque de terminologie précise, l'absence de définitions nettes, la déficience de l'enchaînement logique des énoncés, l'abandon de l'économie de mots au profit du verbalisme d'un jargon technocratique de mauvais aloi» (77). A l'avenir, le législateur sera encore souvent sollicité pour réglementer l'utilisation de ces technologies nouvelles. On peut souhaiter que la Cour constitutionnelle soit attentive au fait que «dans une société démocratique, le pouvoir n'est pas seulement tenu au respect de la règle de droit, il doit encore s'attacher à la rendre accessible et compréhensible» (78) particulièrement dans cette matière complexe.

---

(77) J.-P. QUENEUDEC, «Liberté d'accès au droit et qualité des règles juridiques», in *Libertés, justice, tolérance – Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan,* vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1321.

(78) *Ibid.,* p. 1317; voy. égal. E. DEGRAVE, «La légalité pénale et la Cour d'arbitrage», *J.T.,* 2006, pp. 488-489.

2. *Une loi contre l'arbitraire de la puissance publique*

Outre le fait de permettre aux citoyens de connaître les conséquences de leurs actes, la loi «doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires aux droits garantis par l'article 8, alinéa 1» (79). Ainsi, si la loi confère un pouvoir d'appréciation à la puissance publique, «elle doit elle-même en fixer la portée», en indiquant «avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré» (80).

A plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle a repris cette jurisprudence également et rappelé l'importance de prévoir, dans la loi, «des garanties contre les atteintes arbitraires de la puissance publique au droit au respect de la vie privée» (81). Il en va d'autant plus ainsi que, comme le soulignait la proposition de loi qui a précédé l'adoption de l'article 22 de la Constitution (82), il est nécessaire de protéger la vie privée des individus «des risques d'ingérence que peuvent constituer, notamment par le biais de la modernisation constante des techniques de l'information, les mesures d'investigation, d'enquête et de contrôle menés par les pouvoirs publics et organismes privés, dans l'accomplissement de leurs fonctions ou de leurs activités» (83). Cela doit se faire, selon la Cour, en «délimitant le pouvoir d'appréciation des autorités concernées avec une netteté suffisante, d'une part, et en prévoyant un contrôle juridictionnel effectif, d'autre part» (84).

De telles exigences amènent à s'interroger sur le contrôle juridictionnel des traitements de données à caractère personnel. La Commission de la protection de la vie privée (85), instituée par la loi du 8 décembre 1992, rend des avis au sujet de tels traitements. Elle a également un pouvoir de décision dans certaines hypothèses, qu'il convient d'analyser. Bien qu'elle ait une compétence décisionnelle, son statut ne semble pas s'apparenter à celui d'une autorité administrative. Finalement, le risque d'arbitraire de la part de cette autorité semble exister étant donné qu'il n'est pas certain que ses décisions soient susceptibles de recours, ce qui est inadmissible dans un Etat de droit.

(79) Cour eur D.H., arrêt *Herczegfalvy c. Autriche*, du 24 septembre 1992, n° 89.

(80) Cour eur D.H., arrêt *Kopp c. Suisse*, du 25 mars 1998, n° 75. Voy. égal. not. Cour eur D.H., arrêt *Valenzuela Contreras c. Espagne*, du 30 juillet 1998, n° 46; arrêt *Leander c. Suède*, du 26 mars 1987, n° 51 et arrêt *Malone c. Royaume-Uni*, du 2 août 1984, n° 67.

(81) C.C., arrêt n° 151/2006, du 18 octobre 2006, B.6.2.

(82) *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100-4/2°, p. 3.

(83) C.C., arrêt n° 94/2003, du 2 juillet 2003, B.27.3; arrêt n° 94/2006, du 14 juin 2006, B.18; arrêt n° 151/2006, du 18 octobre 2006, B.5.3 et arrêt n° 119/2008, du 31 juillet 2008, B.10.1.

(84) C.C., arrêt n° 151/2006, précité, B.6.2.

(85) Ci-après «la Commission».

a) *La compétence décisionnelle de la Commission de la protection de la vie privée*

La question de la recevabilité des recours intentés contre les décisions de la Commission a été soulevée une seule fois, en 1997 (86). Le Conseil d'Etat a été saisi d'une demande de suspension et d'annulation d'une décision de la Commission de transférer un dossier au parquet, prise en application de l'article 32, §2, de la loi du 8 décembre 1992 (87). Le Conseil d'Etat a considéré que cette demande était irrecevable, la décision de la Commission ne constituant pas un acte juridique ayant affecté la situation juridique du requérant. Elle n'était dès lors pas susceptible de faire l'objet d'un recours devant la haute juridiction administrative.

Depuis la modification de la loi du 8 décembre 1992 intervenue en 2003 (88), la question de la recevabilité des recours contre les décisions de la Commission se pose avec une acuité particulière. En effet, aujourd'hui, la Commission rend bien d'autres décisions que celles visées à l'article 32, §2, de la loi du 8 décembre 1992 et ce, par l'intermédiaire des comités sectoriels constitués en son sein (89). Ces autorités sont instituées par la loi du 8 décembre 1992 qui les rend compétentes pour «instruire et statuer sur des demandes relatives au traitement ou à la communication de données faisant l'objet de législations particulières (...)» (90). Ainsi, ces autorités sont notamment chargées d'autoriser les échanges de données détenues par les administrations. Ce faisant, les comités sectoriels contrôlent les administrations, en les privant du pouvoir de choisir elles-mêmes de communiquer ou non toutes les informations qu'elles détiennent. Entre autres nombreux exemples, le Comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé est compétent pour statuer sur les demandes du S.P.F. Sécurité sociale d'obtenir des données sociales relatives aux personnes ayant le statut de personnes handicapées afin de leur octroyer une allocation (91). Autre exemple, un

(86) C.E., arrêt *N.V. Publi Ariane*, n° 64.759, du 25 février 1997.

(87) Cette disposition énonce que «sauf si la loi en dispose autrement, la Commission dénonce au procureur du Roi les infractions dont elle a connaissance».

(88) Loi du 26 février 2003 modifiant la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel et loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-Carrefour de la sécurité sociale en vue d'aménager le statut et d'étendre les compétences de la Commission de la protection de la vie privée (*Mon. b.*, 26 juin 2003).

(89) Il existe actuellement six comités sectoriels : le Comité sectoriel du Registre national, le Comité sectoriel de la Sécurité sociale et de la Santé, le Comité sectoriel pour l'Autorité fédérale, le Comité sectoriel de la Banque-carrefour des Entreprises et le Comité de surveillance sectoriel Phénix.

(90) Loi du 8 décembre 1992, art. 31*bis*, §1er. Voy. également l'article 36*bis*.

(91) Voy., entre autres nombreux exemples, la délibération n° 09/025, du 5 mai 2009 relative à la communication de données à caractère personnel par l'Office National de l'Emploi à la Direction Générale Personnes handicapées du S.P.F. Sécurité sociale, en vue de l'octroi d'allocations aux personnes handicapées.

produit dangereux est vendu en pharmacie. Se rendant compte de cette erreur, l'Ordre des pharmaciens cherche à obtenir du Registre national les coordonnées des personnes s'étant vu administrer ce médicament afin de les prévenir du danger. Il devra, pour ce faire, obtenir l'autorisation du Comité sectoriel du registre national. Que se passe-t-il si celui-ci refuse ?

Le Conseil d'Etat n'a pas encore eu à connaître de recours intentés contre pareilles décisions. La question demeure dès lors de savoir si les décisions des comités sectoriels peuvent être attaquées devant la haute juridiction administrative.

b) *Le statut de la Commission de la protection de la vie privée*

Bien qu'elle dispose aujourd'hui du pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers par le biais de ses comités sectoriels, la Commission de la protection de la vie privée n'en est pas pour autant une autorité administrative.

Traditionnellement, la notion d'autorité administrative vise toute entité, à l'exclusion des organes du Parlement ou du pouvoir judiciaire, constituée par les pouvoirs publics ou à leur initiative, soumise au contrôle de ces derniers, qui exerce une mission d'intérêt général et dispose du pouvoir de prendre des décisions unilatérales s'imposant aux tiers (92).

En confrontant ces critères aux caractéristiques de la Commission, on constate que celle-ci est constituée par les pouvoirs publics, puisqu'elle est instituée par le législateur. Par ailleurs, elle mène une mission d'intérêt général, celle de la protection de la vie privée des citoyens dans les actes impliquant la communication de données à caractère personnel. En outre, on l'a dit, elle dispose d'un pouvoir de décision.

Ce qui se vérifie moins volontiers, c'est la soumission de la Commission au contrôle du pouvoir exécutif (93). Les membres de la Commission ne sont pas nommés par un ministre, bien qu'ils soient présentés par le Conseil des ministres (94). Ils ne peuvent pas non plus faire partie d'un département ministériel (95). De plus, ils ne reçoivent pas d'ordre d'un ministre,

(92) M. LEROY, *Contentieux administratif,* 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 268-291; R. ANDERSEN, «L'obligation de motiver : pour quelles autorités administratives ?», in *La motivation formelle des actes administratifs – Loi du 29 juillet 1991*, Actes de la journée d'études du 8 mai 1992, Bruges, la Charte, 1992, p. 61; D. DELVAX, «Flux et reflux de la jurisprudence relative à la notion d'autorité administrative», *A.P.T.,* 2001, p. 196; A. RASSON-ROLAND, «Note d'observation», *A.P.T.,* 1982, p. 79; D. DE ROY, «Etre ou ne pas être... autorité administrative. Vers de nouvelles questions existentielles pour les A.S.B.L. satellites des institutions communales ?», *Dr. comm.,* 2002, p. 202; G. ROLAND, «La notion d'autorité administrative», *A.P.T.,* 1988, p. 81.

(93) Concernant les caractéristiques de la soumission d'un organisme au pouvoir exécutif, voy. F. DELPÉRÉE, «Le statut et la composition du Conseil supérieur de la justice», in M. VERDUSSEN (dir.), *Le Conseil supérieur de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 37.

(94) Loi du 8 décembre 1992, art. 24, §4.

(95) Arrêté royal du 17 décembre 2003 fixant les modalités relatives à la composition et au fonctionnement de certains comités sectoriels institués au sein de la Commission de la protection de la vie privée, art. 5, §1er.

puisqu'ils ne peuvent recevoir d'instructions de personne (96). La Commission n'est pas non plus contrôlée par le pouvoir exécutif dans l'accomplissement de sa mission. Enfin, aucun ministre n'est responsable des décisions prise par cette autorité.

Un certain pouvoir de l'exécutif se manifeste tout de même au niveau de la transmission des demandes introduites auprès de la Commission. En effet, lorsqu'une demande d'autorisation d'accès lui parvient, la Commission communique celle-ci au comité sectoriel concerné mais aussi à l'institution de gestion du secteur concerné (97). Celle-ci est assurée par le S.P.F. Economie, le S.P.F. Intérieur, la Banque-Carrefour de la sécurité sociale ou le S.P.F. des Technologies de l'information et des communications, suivant le type de données visé par la demande d'accès (98). Ces institutions de gestion se confondent dès lors avec des organes du pouvoir exécutif. Une fois l'avis transmis, l'institution de gestion est invitée à donner un avis technique et juridique au comité sectoriel compétent. Si le comité ne rend pas de décision endéans un certain délai après réception de l'avis, celle-ci est réputée conforme à l'avis de l'institution de gestion (99).

En outre, certains frais de fonctionnement du comité sectoriel pour la sécurité sociale sont pris en charge par la Banque-carrefour de la sécurité sociale, et non par la dotation confiée par la Chambre des représentants à la Commission (100).

Enfin, la loi autorise les comités sectoriels à s'établir au siège de l'institution de gestion qui les concerne, plutôt qu'au siège de la Commission (101).

En conséquence, l'on peut affirmer que la Commission n'est pas soumise au pouvoir de l'exécutif. Elle est toutefois influencée par l'action du gouvernement. En effet, l'institution de gestion, organe du pouvoir exécutif peut donner un avis aux comités sectoriels. Par ailleurs, l'exécutif peut apporter une aide matérielle à certains comités. Cette sphère d'influence peu étendue ne suffit toutefois pas à en faire une autorité administrative (102).

---

(96) Loi du 8 décembre 1992, art. 24, §6.

(97) Loi du 8 décembre 1992, art. 31*bis*, §3.

(98) Arrêté royal du 17 décembre 2003 fixant les modalités relatives à la composition et au fonctionnement de certains comités sectoriels institués au sein de la Commission de la protection de la vie privée; loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-Carrefour de la sécurité sociale en vue d'aménager le statut et d'étendre les compétences de la Commission de la protection de la vie privée, art. 42.

(99) Article 31*bis*, de la loi du 8 décembre 1992 précitée.

(100) Loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-Carrefour de la sécurité sociale en vue d'aménager le statut et d'étendre les compétences de la Commission de la protection de la vie privée, art. 42.

(101) Loi du 8 décembre 1992, art. 31*bis*, §5.

(102) E. DEGRAVE, «La Commission de la protection de la vie privée...», *op. cit.*, pp. 237-238.

Il y a dès lors lieu d'en conclure que les décisions de la Commission ne pourraient être attaquées devant le Conseil d'Etat. Par ailleurs, on voit mal comment de telles décisions pourraient être contestées devant une juridiction judiciaire.

c) *Une situation inadmissible dans un Etat de droit*

Cet état de fait contredit la jurisprudence de la Cour constitutionnelle soulignant l'importance d'un contrôle juridictionnel effectif des autorités publiques s'ingérant dans la protection de la vie privée. Mais cela contrevient également au prescrit de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995. En effet, l'article 28 de ladite directive dispose, notamment, que «chaque Etat membre prévoit qu'une ou plusieurs autorités publiques sont chargées de surveiller l'application, sur son territoire, des dispositions adoptées par les Etats membres en application de la présente directive. Ces autorités exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies (...). Les décisions de l'autorité de contrôle faisant grief peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel».

On ne peut se résigner à considérer que la Commission est invincible. Une telle situation est inadmissible dans un Etat de droit. En effet, «il importe peu, dans un Etat de droit, qu'un litige soit porté devant tel ou tel juge. Mais il est essentiel qu'il ne demeure pas sans juge, et que celui-ci soit facilement accessible sans que les intéressés doivent exposer des frais sans proportion avec l'importance de l'affaire» (103). Une solution à cette carence serait de compléter l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat qui définit les actes soumis au contrôle de la haute juridiction administrative. Cette disposition pourrait prévoir que les actes de la Commission, voire d'autres autorités, peuvent aussi être soumis au contrôle du Conseil d'Etat.

Un ajout semblable a déjà eu lieu. En effet, des fonctionnaires des assemblées législatives ont jadis posé la question à la Cour constitutionnelle de savoir s'il n'était pas discriminatoire de les priver de recours contre les décisions les concernant au motif qu'ils ne faisaient pas partie d'une autorité administrative. La Cour a reconnu l'existence d'une discrimination tout en relevant que celle-ci ne pourrait être résorbée «que par une intervention du législateur, lors de laquelle il puisse envisager, par égard à l'indépendance qui doit être assurée aux assemblées législatives, de prévoir des garanties spécifiques auxquelles il n'a pas dû veiller lors de l'élaboration des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. (...). Il résulte de ce qui précède que (...) la discrimination ne trouve pas son origine dans l'article 14, mais dans une lacune de la législation, à savoir le défaut d'organisation d'un recours en annulation des actes administratifs des assemblées législatives ou de leurs

(103) M. DUMONT, «Le droit à la protection juridique», *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 517.

organes» (104). Depuis la loi du 25 mai 1999, le Conseil d'Etat peut connaître des actes administratifs des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour constitutionnelle, ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel.

En l'espèce, une même lacune de la législation, concernant cette fois les actes «administratifs» de la Commission, autorité *sui generis*, devrait amener le législateur à réagir une nouvelle fois.

B. *La proportionnalité*

La protection de la vie privée n'échappe pas à la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle relative à la proportionnalité des mesures organisées par le législateur. Ainsi, à maintes reprises, la Cour rappelle que, selon l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 22 de la Constitution, pour qu'une ingérence dans la protection de la vie privée soit admissible, «il est requis qu'elle soit nécessaire en vue d'atteindre un but légitime déterminé, ce qui implique notamment qu'un lien raisonnable de proportionnalité doive exister entre les conséquences de la mesure pour la personne concernée et les intérêts de la collectivité» (105).

1. *La proportionnalité dans les normes de valeur législative*

La Cour constitutionnelle a été saisie d'un recours en suspension et en annulation d'un décret flamand relatif à la pratique du sport (106). Ce décret prévoyait la publication, sur le site web du Gouvernement flamand, des suspensions disciplinaires des sportifs majeurs. Cette publication contenait les nom, prénom et date de naissance du sportif, le début et la fin de la période de suspension et la discipline sportive qui avait donné lieu à l'infraction.

Après avoir reconnu qu'une telle publication constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 22 de la Constitution, la Cour estime que celle-ci est disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi. Elle admet qu'une «forme restreinte de publication

(104) C.C., arrêt n° 31/96, du 15 mai 1996. Sur cet arrêt, voy. E. MARON, «Les notions d'acte administratif et d'autorité administrative : compétence ou incompétence du Conseil d'Etat pour connaître des recours en annulation dirigés contre les actes de nature administrative accomplis par des autorités relevant du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire ?», in *Le Conseil d'Etat de Belgique – Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 323-328.

(105) C.C., arrêt n° 162/2004, du 20 octobre 2004, B.5.1 et arrêt n° 16/2005, du 19 janvier 2005, B.5.1. Voy. égal. C.C., arrêt n° 202/2004, du 21 décembre 2004, B.5.4.

(106) C.C., arrêt n° 162/2004, du 20 octobre 2004 et arrêt n° 16/2005, du 19 janvier 2005.

électronique pour les besoins des fonctionnaires chargés de la surveillance et des responsables des associations sportives peut être jugée nécessaire pour assurer le respect effectif des sanctions imposées aux sportifs» et servir ainsi «un but légitime». A l'inverse, selon la Cour, «la diffusion de données personnelles, prévue par le décret, sur un site web non sécurisé, et, partant, accessible à chacun va cependant au-delà de ce que cet objectif requiert. Une telle publication n'a pas seulement pour effet que chacun peut prendre connaissance de ces données, même si cela n'est d'aucune utilité, mais elle permet également que les données publiées soient utilisées à d'autres fins et soient traitées plus avant, ce qui a pour conséquence qu'elles peuvent encore être diffusées après l'expiration des sanctions et la disparition de la publication dudit site web» (107). Et de conclure «qu'il s'avère, d'une part, que la publication entreprise n'est pas nécessaire pour atteindre l'objectif légitime poursuivi par le législateur décrétal, puisque cet objectif peut également être réalisé d'une manière moins dommageable pour les intéressés, et, d'autre part, que les effets de la mesure sont disproportionnées par rapport à cet objectif, la disposition attaquée est contraire à l'article 22 de la Constitution et aux dispositions conventionnelles qui ont une portée analogue» (108).

Une autre décision, plus ancienne, concerne la mise en œuvre de l'octroi d'avantages sociaux que nos législations multiplient. On pense, par exemple, au droit à des réductions de facture «mazout», au droit à une bourse d'études, au droit à une diminution de taxes locales, etc. Les administrations peuvent-elles exiger la communication par des organismes privés ou d'autres administrations de certaines informations personnelles dans le but de connaître *a priori* les bénéficiaires potentiels de ces avantages sociaux ?

En l'occurrence, une ordonnance bruxelloise concrétisait le droit à la fourniture minimale d'électricité par l'obligation d'installer un «limitateur de puissance» chez les ménages incapables de régler leurs factures. Elle prévoyait également que les fournisseurs d'électricité devaient en principe communiquer aux communes les coordonnées des ménages bénéficiaires de ces limitateurs et ce, afin de pouvoir faire procéder par les CPAS à une enquête sociale auprès de ces ménages et leur proposer diverses mesures d'aide pour sortir de leur appauvrissement.

Le 18 février 1993 (109), la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur cette question. Elle a estimé que la communication de telles informations constitue bien une ingérence dans la vie privée. Celle-ci est prévue par une «loi», en l'occurrence une ordonnance de la Région de Bruxelles-capitale, et

(107) *Ibid.*, p. 7, B.6.1.
(108) *Ibid.*, p. 7, B.6.2.
(109) C.C., arrêt n° 14/93, du 18 février 1993.

poursuit, en outre, une finalité légitime en s'insérant dans «un ensemble de mesures qui, en interdisant les coupures de courant, visent à protéger la santé des personnes tout en limitant les droits d'autres personnes. Replacée dans l'ensemble de l'ordonnance, la mesure est conforme au but poursuivi et elle n'est pas disproportionnée à celui-ci (...) La mission d'accompagnement que les communes doivent confier à l'organisme visé [les CPAS] suppose que celles-ci connaissent l'identité des personnes protégées». Par ailleurs, «il est exclu que cette divulgation fasse l'objet d'une quelconque publicité, les personnes qui reçoivent l'information sont par ailleurs tenues au secret professionnel» (110).

La décision soulève un débat de fond aussi important que délicat à résoudre. Doit-on considérer comme proportionnée la communication d'informations relatives à des personnes défavorisées afin de leur octroyer d'office les avantages auxquels leur situation leur donne droit et, au-delà, les aider à trouver des solutions pour améliorer leur situation financière? Ou doit-on plutôt considérer qu'au nom de la dignité humaine, l'octroi d'un droit et d'une aide suppose que les bénéficiaires de celui-ci en fassent eux-mêmes la demande en s'identifiant auprès de l'Administration? Les possibilités de communication et de croisements de données entre administrations qu'offrent les technologies peuvent faire craindre le recours systématique à l'ordinateur et non plus à la démarche personnelle dans l'octroi des droits. Sans doute, l'efficacité de ces droits en sera renforcée mais au mépris, peut-être, des valeurs qui sous-tendent l'affirmation du principe de respect de la vie privée (111).

2. *La proportionnalité dans les normes de valeur réglementaire*

L'exigence de proportionnalité est prévue par la loi du 8 décembre 1992. L'article 4, 2°, consacre la proportionnalité des traitements de données à caractère personnel en prévoyant que ceux-ci doivent poursuivre une finalité légitime.

La loi du 8 décembre 1992 consacre également la proportionnalité des données utilisées lors des traitements en prévoyant, en son article 4, 3°, que les données traitées doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont obtenues.

(110) *Ibid.*, p. 10, B.2.10.

(111) Dans le même sens, le commentaire de O. DE SCHUTTER sous cette décision publié in O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national,* Bruxelles, Larcier, 1999, p. 515.

a) *La proportionnalité du traitement de données à caractère personnel*

Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la proportionnalité d'un accès au Registre national (112). Un hôpital souhaitait accéder au Registre national afin de disposer des coordonnées de ses patients en défaut de paiement de leur facture. Un arrêté ministériel refusait cet accès au motif que la facturation des prestations de soins aux patients n'était pas, au sens de l'article 5 de la loi du 8 décembre 1992, une finalité légitimant l'accès au Registre national. Les requérants estimaient qu'en refusant l'accès au Registre national au motif qu'un tel traitement était disproportionné par rapport à la finalité poursuivie, la norme attaquée violait le principe d'égalité, étant donné que certaines sociétés de distribution – telles que les sociétés de distribution d'eau – disposaient de cet accès dans un but de facturation également.

L'Etat belge rétorquait que la nature des prestations accomplies par les hôpitaux et les sociétés de distribution était différente, ce qui justifiait la différence de traitement. L'avis de l'auditeur allait également en ce sens. Ce dernier affirmait que «les sociétés de distribution (...) se trouvent dans des situations manifestement différentes de celle des hôpitaux» car elles «gèrent des contrats d'abonnement pouvant durer plusieurs dizaines d'années et il est évident que les abonnés peuvent changer d'adresse (sans que le lieu de fourniture change) en sorte que ces sociétés n'ont aucune garantie que le domicile de facturation ne change pas. Telle n'est pas la situation des hôpitaux dont on doit raisonnablement admettre que les patients (...) produisent des documents suffisants pour l'établissement rapide des factures». Et d'ajouter qu'«à peine de méconnaître l'impératif de protection des données à caractère personnel qui justifie que l'accès ne soit autorisé que dans une mesure très limitée, on ne peut raisonnablement admettre que (...) la simple facilitation du recouvrement de factures de quelques mauvais payeurs devrait justifier, pour les hôpitaux, un accès généralisé aux données du registre national, alors que pour ces mauvais payeurs, les mécanismes de recherche habituels auxquels tout créancier est rôdé existent» (113).

Néanmoins, le Conseil d'Etat a considéré que le moyen était fondé et a dès lors annulé la décision ministérielle au motif qu'il ne voyait pas en quoi la différence entre la nature des prestations accomplies par les sociétés de distribution et par les hôpitaux justifiait un traitement différent dans l'accès aux données du registre national. «Il s'agit, tant pour la requérante

(112) C.E., arrêt *Intercommunale de santé publique du pays de Charleroi*, n° 170.929, du 8 mai 2007. Il y a lieu de noter que, jadis, l'accès au Registre national devait être prévu par un arrêté royal ce qui n'est plus le cas depuis la création des comités sectoriels (voy. *supra*).

(113) Avis de l'auditeur Bosquet, *Rev. dr. comm.*, 2008, pp. 63 et 64.

que pour ces sociétés, de percevoir les sommes auxquelles elles ont droit en raison des prestations fournies» (114).

La décision surprend par la généralité des termes utilisés et l'insuffisance de la recherche opérée par le Conseil d'Etat. Il est clair que la poursuite du remboursement de sommes dues ne peut justifier l'accès au Registre national dans toutes les hypothèses. L'examen de proportionnalité exigeait qu'au-delà de l'argument du précédent, tiré d'ailleurs d'un autre secteur moins sensible, on s'interroge sur l'existence de moyens alternatifs d'obtention des informations requises moins dangereux le cas échéant. En effet, un examen de proportionnalité rigoureux impose, «après s'être assuré de l'appropriation et la nécessité de la mesure querellée, de 'peser le pour et le contre' de cette dernière, c'est-à-dire, de 'mettre en balance' les préjudices et les bénéfices induits aux fins de déterminer si les uns dépassent les autres, ou inversement» (115). Ainsi, l'enregistrement des données du patient lors de son accueil à l'hôpital ne fournit-t-il pas la même information, à moindre risque pour la vie privée, que l'accès au Registre national ? Une telle analyse manque dans cet arrêt du Conseil d'Etat.

b) *La proportionnalité des données utilisées lors des traitements de données à caractère personnel*

Il ne suffit pas qu'un traitement soit légitime, il importe en outre qu'il n'utilise que les données nécessaires à l'accomplissement de sa finalité, comme l'impose l'article 4, 3°, de la loi du 8 décembre 1992.

Le Conseil d'Etat l'a rappelé à propos d'un recours intenté contre un arrêté ministériel qui, par souci de transparence, impose aux opérateurs téléphoniques de faire figurer des données détaillées dans les factures, telles que les numéros de téléphone appelés par l'utilisateur. Les requérants estimaient que de telles données n'étaient pas adéquates, pertinentes et non excessives. Le Conseil d'Etat a néanmoins estimé qu'«à supposer que le relevé des numéros appelés depuis un poste de téléphone soit une donnée à caractère personnel, encore faut-il observer qu'il est nécessaire pour établir la facture, et est de ce fait autorisé par l'article 5 de [la loi du 8 décembre 1992]».

La réponse du Conseil d'Etat surprend. L'établissement de la facture est certes une finalité légitime qui justifie la collecte et le traitement des don-

(114) C.E., arrêt *Intercommunale de santé publique du pays de Charleroi*, n° 170.929, du 8 mai 2007, p. 10.

(115) S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 219, n° 292. Pour une analyse de la proportionnalité des traitements de données à caractère personnel au regard de la jurisprudence de la Commission de la protection de la vie privée, voy. E. DEGRAVE, «Principe de finalité et secteur public dans la jurisprudence de la Commission de la protection de la vie privée», *C.D.P.K.*, 2009, pp. 46-71.

nées d'utilisation du téléphone mais cette finalité ne justifie pas automatiquement la légitimité de la transmission à l'abonné dont l'identité peut-être différente de celle de l'utilisateur de ces mêmes données.

Conclusions

Les technologies de l'information et de la communication accompagnent chaque jour un peu plus nos vies, nos actions et décisions. Elles représentent, certes, un atout pour le développement de nos personnalités, mettant à la portée d'un «clic», pour chacun d'entre nous, des services, des informations et des connaissances qui enrichissent notre personnalité. Dans le même temps, leurs utilisations nous traquent, nous profilent et engendrent des risques majeurs de modélisation de nos comportements voire de discrimination. L'article 22 de la Constitution, en s'appuyant sur une jurisprudence autant hardie que constructive de la Cour européenne des droits de l'homme, consacre la nécessité de protéger la vie privée comme une valeur essentielle dans les Etats démocratiques, au service de l'ensemble de nos libertés et du développement de notre personnalité. Les travaux préparatoires de l'article 22 soulignaient déjà l'importance de l'affirmation de ce droit à l'heure où les technologies obligent à repenser l'identité humaine dans une société de l'observation et de la transparence des individus. La reconnaissance constitutionnelle de la vie privée plaide désormais pour une intervention législative courageuse qui se décline de façon multiple à travers, pour ce qui concerne du moins les technologies de l'information et de la communication, l'adoption de règles capables de répondre aux défis nouveaux, telles que les lois sur la protection des données à caractère personnel, sur la prise de connaissance des communications électroniques, sur la vidéosurveillance.

Pour l'heure, l'application de l'article 22 de la Constitution aux traitements de données à caractère personnel pose question dans notre Etat fédéral. Plus particulièrement, l'exigence d'une «loi» pour organiser de telles ingérences dans la vie privée suscite un certain malaise.

Ainsi, en ce qui concerne la question du législateur compétent pour organiser des traitements de données à caractère personnel, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle semble partagée entre le respect de l'exclusivité des compétences communautaires et régionales et l'uniformisation de la matière sur le territoire de la Belgique. Elle préconise le respect, par les décrets et ordonnances, de la loi du 8 décembre 1992, ce qui est dénué de tout fondement juridique. Il conviendrait dès lors de consacrer cette solution dans la loi du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, à l'image de ce qui existe pour les marchés publics.

Par ailleurs, la méthode utilisée pour apprécier la prévisibilité des lois en la matière suscite des critiques. La Cour constitutionnelle, après avoir érigé la loi du 8 décembre 1992 au rang de norme de référence, semble être revenue récemment à une position plus orthodoxe qui, on l'espère, perdurera. En outre, elle manque de sanctionner certaines normes bien qu'elles soient trop peu précises au vu de la complexité de la matière.

Enfin, l'appréciation de la proportionnalité des traitements reste délicate, à la lecture des arrêts de nos hautes Cours. Bien que cette proportionnalité soit la pierre angulaire de tout traitement de données à caractère personnel, les quelques décisions rendues par les hautes juridictions à ce sujet témoignent d'un examen parfois superficiel des conséquences de l'utilisation de ces moyens nouveaux sur la protection de la vie privée.

Il reste que les débats juridictionnels sur la mise en place des technologies de l'information et de la communication dans notre Etat fédéral sont récents. Les hautes juridictions n'ont dès lors pas encore eu maintes occasions d'affiner leur jurisprudence à cet égard. Progressivement, les recours relatifs à l'utilisation de ces outils se multiplieront et il y a fort à parier que les questions pointées exigeront des solutions. Gageons que la sagesse des juges constitutionnels et administratifs les aidera à trouver, dans l'article 22 de la Constitution, des axiomes forts appelés à soutenir un développement des technologies respectueux des libertés citoyennes.